Die juristische Konstruktion des Verlöbnisses nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch.

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR

ERLANGUNG DER JURISTISCHEN DOKTORWÜRDE

DER

JURISTEN-FAKULTÄT ZU ROSTOCK

VORGELEGT VON

LEOPOLD NATHAN

REFERENDAR AUS BERLIN.

STUHR'SCHE BUCHHANDLUNG
INHABER: HEINRICH CASPARI
BERLIN.
1902.

Die juristische Konstruktion des Verlöbnisses nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch.

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR

ERLANGUNG DER JURISTISCHEN DOKTORWÜRDE

DER

JURISTEN-FAKULTÄT ZU ROSTOCK

VORGELEGT VON

LEOPOLD NATHAN

REFERENDAR AUS BERLIN.

STUHR'SCHE BUCHHANDLUNG

INHABER: HEINRICH CASPARI

BERLIN.

1902.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549205_0022

Meiner lieben Mutter.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

A. Einleitung 1
§ 1. Begriff und Wesen des Verlöbnisses 1
§ 2. Stellung des Rechts zum Verlöbnisse 4
§ 3. Uebersicht über die Geschichte des Verlöbnisrechts 6
B. Die juristische Konstruktion des Verlöbnisses nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch 11
§ 4. Das Verlöbnis in den Vorarbeiten zum Bürgerlichen Gesetzbuch 11
§ 5. Die Verlöbnistheorieen im allgemeinen und ihre Einteilung 15
I. Rechtsgeschäfte und Verträge 18
a. Begriff und Wesen der Rechtsgeschäfte . . . 18
§ 6. Juristische Thatsachen 18
§ 7. Wille und Wirkung 19
b. Begriff und Arten der Verträge 22
§ 8. Begriff des Vertrages 22
§ 9. Die obligatorischen und familienrechtlichen Verträge insbesondere 24
II. Theorieen der Thatsächlichkeit 26
§ 10. Einleitung 26
§ 11. Billigkeitstheorie 28
§ 12. Theorie des Garantieversprechens 29
§ 13. Theorie der culpa in contrahendo 31
§ 14. Deliktstheorie 35
§ 15. Ergebnis 47
III. Rechtsgeschäftliche Theorieen 48
a. Theorie des obligatorischen Vertrages . . . 48
§ 16. Die überlieferte Doktrin 48
§ 17. Kritik 51
§ 18. Das Bürgerliche Gesetzbuch 56
b. § 19. Theorie des obligatorisch-familienrechtlichen Verhältnisses 57
c. Theorie des familienrechtlichen Vertrages . . 61
§ 20. Allgemeines 61

Seite

§ 21. Die Stutz'sche Theorie des familienrechtlichen Hauptvertrages 62
§ 22. Kritik der Stutz'schen Theorie 65
§ 23. Theorie des familienrechtlichen Vorvertrages . 69
IV. Die Theorie des familienrechtlichen Vorvertrages und die Hellmann'sche Schutzgesetztheorie 74
§ 24. Allgemeines 74
§ 25. Die Voraussetzungen der Rücktrittsfolgen nach der Vorvertragstheorie 75
§ 26. Die Voraussetzungen der Rücktrittsfolgen nach der Schutzgesetztheorie 79
§ 27. Vorzug der Schutzgesetztheorie 84
Nachwort 88

Litteraturverzeichnis.

Achilles, Textausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs (Guttentag). 3. Aufl. 1901.

v. Amira, Nordgermanisches Obligationenrecht. I. 1882, II. 1895.

Badische Rechtspraxis 1900.

Barazetti, Das Eherecht mit Ausschluss des ehelichen Vermögensrechts nach dem Code Napoléon und badischen Landrecht. 1895.

Bartels, Ehe und Verlöbnis nach gemeinem und partikulärem Rechte in der Provinz Hannover. 1871.

Bekker, System des heutigen Pandektenrechts. II. 1889.

Bendix, Das deutsche Privatrecht auf Grund des deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs. 1899.

Bericht der Reichstagskommission über den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs.

J. H. Boehmer, Jus ecclesiasticum Protestantium. tom. III. 1723.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten. I. 2. Aufl. 1873.

Bulling, Die deutsche Frau und das bürgerliche Gesetzbuch. 1896.

Bunsen, Einführung in das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. III. 1898.

Cless, Staat und Familie im Lichte des künftigen deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs. 1890.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs. I. 2. Aufl. 1899, II, 2. 3. Aufl. 1901.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. 5. Aufl. 1900.

Crome, Handbuch des französischen Civilrechts. 8. Aufl. 1895.

Dalloz, Jurisprudence générale. tome XXXI. 1854.

Danziger, Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich. 2. Aufl. 1900.

Degenkolb, Die Lehre vom Vorvertrag. (Archiv für civilistische Praxis Band 71 S. 1 ff.)

Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Dernburg, Pandekten. 5. Aufl.

Dernburg, Preussisches Privatrecht. 4. Aufl.

Dernburg, Das Sachenrecht des Deutschen Reichs und Preussens. 1898.

Dittenberger, Das Verlöbnisrecht im Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. 1901.

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897. I. 1899.

Ehrlich, Das zwingende und nichtzwingende Recht im Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. 1899.
Endemann, Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuchs. I. 7. Aufl. 1900, II, 2. 6. Aufl. 1900.
Endemann, Handbuch des Deutschen Handels-, See- und Wechselrechts. II. 1887.
Engelmann, Das alte und das neue bürgerliche Recht Deutschlands mit Einschluss des Handelsrechts. 1899.
Enneccerus, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin. 1889.
Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht. I. 1898.
Esmein, Le mariage en droit canonique I. 1891.
Exner, Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition. 1867.
Förster-Eccius, Preussisches Privatrecht. I. 7. Aufl.
Fraenkel, Familienrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1898.
Friedberg, Lehrbuch des katholischen und evangelischen Kirchenrechts. 4. Aufl. 1895.
Friedberg, Das Recht der Eheschliessung. 1865.
Gareis, Das deutsche Handelsrecht. 6. Aufl. 1899.
Gareis, Handausgabe des Handelsgesetzbuchs vom 10. Mai 1897. 1898.
Gierke, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht. 1889.
Glück, Erläuterungen der Pandekten. Buch 22.
Göppert, Zur Lehre von den pacta de contrahendo. (Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft Band 14 S. 400 ff.)
Goldmann, Zur Rechtsnatur des Verlöbnisses. (Deutsche Juristen-Zeitung 1901 S. 432/33.)
Habicht, Die Einwirkung des Bürgerlichen Gesetzbuchs auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse. 3. Aufl. 1901.
Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts. 8. Band. 1833.
Heilfron, Deutsche Rechtsgeschichte. 3. Aufl. 1898.
Heilfron, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. III. 1900, IV. 1901.
Hellmann, Das Verlöbnis nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche (Deutsche Juristen-Zeitung 1901 S. 217 ff.)
Hellwig, Ueber die Grenzen der Vertragsmöglichkeit. (Archiv für civilistische Praxis. Band 86 S. 223 ff.)
Hinschius, Das Personenrecht der Ehegatten im Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. (Archiv für civilistische Praxis Band 74 S. 55 ff.)
v. Ihering, Culpa in contrahendo. (Iherings Jahrbücher Band 4 S. 1 ff.)
v. Ihering, Ein Rechtsgutachten betr. die Gäubahn. (Iherings Jahrbücher Band 18 S. 1 ff.)
Jacobi, Das persönliche Eherecht des bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. 2. Aufl. 1899.
Jacobi, Versprechen und Vertrag. (Iherings Jahrbücher Band 35 S. 1 ff.)
Kant, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre. 1797.
Karlowa, Römische Rechtsgeschichte. II. 1892.
Karlowa, Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung. 1877.

Kohler, Ideale im Recht. (Archiv für bürgerliches Recht Band 5 S. 161 ff.)
Kohler, Noch einmal über Mentalreservation und Simulation. (Iherings Jahrbücher Band 16 S. 325 ff.)
Kohler, Autorrecht. (Iherings Jahrbücher Band 18 S. 129 ff.)
Kohler, Das Obligationsinteresse. (Archiv für bürgerliches Recht Band 12 S. 1 ff.)
F. Kohler, Das Eherecht des bürgerlichen Gesetzbuchs einschliesslich des ehelichen Güterrechts. 1898.
Kuhlenbeck, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. II, 1. 1900.
Lehmann, Verlobung und Hochzeit nach den nordgermanischen Rechten des früheren Mittelalters. 1882.
Lenel, Parteiabsicht und Rechtserfolg. (Iherings Jahrbücher Band 19 S. 154 ff.)
Leske, Vergleichende Darstellung des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich und des Preussischen Allgemeinen Landrechts. 1. u. 2. Aufl. 1900.
Linckelmann, Die Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. 1898.
v. Liszt, Die Deliktsobligationen im System des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1898.
Makower, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 12. Aufl. 1901.
Matthiass, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. I. 3. Aufl. 1901. II. 3. Aufl. 1900.
Mayer-Reis, Lehrbuch des Familien- und Erbrechts. I. (Bearbeitet von H. Mayer.) 2. und 3. Aufl. 1900.
Meisner, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetze. III. 1901.
Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs.
Mumm, Die Rechte der Verlobten. (Seuffert's Blätter für Rechtsanwendung 1900 S. 160 ff.)
Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. II, 1. 1899.
Niedner, Das Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch. (Kommentar.) 1899.
Obertribunal, Entscheidungen.
Oertmann, Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse. 1899.
Pernice, Rechtsgeschäft und Rechtsordnung. (Grünhut's Zeitschrift Band 7 S. 463 ff.)
Pfizer, Die Postanweisung. (Iherings Jahrbücher Band 31 S. 377 ff.)
Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1897 ff. (Buch IV bearbeitet von Unzner.)
Protokolle der Kommission für die 1. Lesung des Bürgerlichen Gesetzbuchs (Prot. I), in Lithographie als Manuskript gedruckt.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Bürgerlichen Gesetzbuchs (Prot. II).
Puchta, Institutionen. II. 10. Aufl. 1893.
Regelsberger, Pandekten. I. 1893.
Reichsgerichtsentscheidungen, herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofs.

Richter-Dove-Kahl, Lehrbuch des katholischen und evangelischen Kirchenrechts. 8. Aufl. 1886.
v Savigny, System des heutigen römischen Rechts. 1840.
v. Scherer, Handbuch des Kirchenrechts. II. 1898.
Scherer, Familienrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. 1899.
v. Scheurl, Das gemeine deutsche Eherecht. 1882.
v. Scheurl, Noch einige Bemerkungen über das persönliche Eherecht im Entwurf. (Archiv für civilistische Praxis Band 74 S. 388/89.)
Schlossmann, Der Vertrag. 1876.
Schmidt-Habicht, Kommentar zum Familienrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1900.
Schönfeld, Zum § 823 BGB. Inaugural-Dissertation. München 1899.
Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse. Allgemeiner Teil. Kommentar.) 1900.
Schulte, Handbuch des katholischen Eherechts. 1855.
Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe.
Sohm, Das Recht der Eheschliessung. 1875.
Stammler, Der Garantievertrag. (Archiv für civilistische Praxis Band 19 S. 1 ff.)
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. I. 6. und 7. Aufl. 1900.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. (Buch IV bearbeitet von Engelmann-Staudinger.) 1898.
Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts. IV. 1. u. 2. Aufl. 1884.
Striethorst's Archiv für Rechtsfälle.
Stutz, Die Rechtsnatur des Verlöbnisses nach deutschem bürgerlichem Recht. 1900.
Trendelenburg, Naturrecht auf dem Grunde der Ethik. 2. Aufl. 1868.
Unger, Legislative Behandlung des wesentlichen Irrtums bei obligatorischen Verträgen. (Grünhut's Zeitschrift Band 15 S. 673 ff.)
Vangerow, Lehrbuch der Pandekten. 7. Aufl. I. 1876.
Verhandlungen des Preussischen Landes-Oekonomie-Kollegiums 1889. (Thiel's Landwirtschaftliche Jahrbücher Band 18 Ergänzungsband 2.)
v. Wächter, Pandekten I. 1880.
Weigand, Deutsches Wörterbuch. 3. Aufl. II. 1878.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. 8. Aufl. 1900.
v. Wyss, Die Eheschliessung in ihrer geschichtlichen Entwicklung nach den Rechten der Schweiz. (Zeitschrift für schweizerisches Recht Band 20 S. 85 ff.)
Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft. 1889.
Zusammenstellung der gutachtlichen Aeusserungen zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. IV.

A. Einleitung.

§ 1.

Begriff und Wesen des Verlöbnisses.

I. Herkömmlicherweise versteht man unter Verlöbnis das von zwei Personen verschiedenen Geschlechts wechselseitig gegebene Versprechen, künftig die Ehe mit einander eingehen zu wollen.[1]) Dass diese Begriffsbestimmung auch heute noch durchaus zutreffend ist, wird an späterer Stelle darzulegen sein. Das Verlöbnis begründet unter den künftigen Ehegatten bereits ein nahes persönliches Verhältnis, welches ebenfalls Verlöbnis genannt wird.[2]) Demnach hat man zwei Bedeutungen des Verlöbnisses zu unterscheiden, den Versprechensakt und das Verlobtenverhältnis. Im ersten Sinne spricht man zweckmässig von Ehever-

[1]) Verloben, sich verloben = sich durch Gelübde verpflichten, geloben, versprechen kommt erst seit dem 15. Jahrhundert im Mhd. in der Bedeutung „zur Ehe versprechen" vor. Im Ahd. ist das Wort überhaupt unbekannt. Vgl. Weigand, Deutsches Wörterbuch Bd. II. Uebrigens ist dem heutigen Sprachgebrauch der Ausdruck Verlobung geläufiger als Verlöbnis. Das ALR. handelt in II, 1 §§ 75—135 von den „Ehegelöbnissen".

[2]) Vgl. insbes. v. Scheurl, Das gemeine deutsche Eherecht S. 360, 363, 365, 374 ff., Stutz, Die Rechtsnatur des Verlöbnisses nach deutschem bürgerlichem Recht S. 20 ff., Dittenberger, Das Verlöbnisrecht im Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich S. 15, Entsch. d. RG. i. Civils. Bd. 29 S. 98: „Das durch das Verlöbnis . . . . . begründete Rechtsverhältnis, welches auch selbst wieder ‚Verlöbnis' genannt werden kann."

sprechen[3]), im zweiten von Brautstand oder Brautschaft, wenngleich diese Bezeichnung insofern einen Sprachmangel aufweist, als sie einseitig nur die Beziehungen eines Beteiligten zum Ausdruck bringt.

II. Bei der Wichtigkeit der monogamischen Ehe als der dauernden, vollständigen Lebensgemeinschaft von Mann und Frau entspricht es einem natürlichen, durch Sitte und Brauch geheiligten Bedürfnisse, dass ihr ein Stadium der Vorbereitung vorausgeht. Der Eintritt in den Ehestand bringt so einschneidende Veränderungen in der persönlichen und vermögensrechtlichen Stellung der Beteiligten mit sich, dass ein allmähliches Sichanpassen und Sicheinleben in die neuen Verhältnisse unter vorsorgender Berücksichtigung der wirtschaftlichen Interessen angemessener erscheint als ein schroffer, unvermittelter Uebergang.

Dieser Auffassung von dem Wesen des Verlöbnisses steht eine andere gegenüber: Der Brautstand soll nicht die Ehe vorbereiten, sondern erst den Entschluss, in die Ehe zu treten; er soll eine Probezeit sein, von deren Ausfall es abhängt, ob ihr die Ehe folgen wird oder nicht.[4]) Hiernach wird das Verlöbnis stets unter dem stillschweigenden Vorbehalt geschlossen, dass jeder Teil frei zurücktreten darf, sobald er die innere Ueberzeugung gewinnt, dass die eheliche Gemeinschaft nicht seinem Besten dienen wird, ohne über sein subjektives Empfinden, mag es auch von noch so frivolen Gedanken geleitet sein, irgend jemandem Rechenschaft geben zu brauchen. Man weist darauf hin, dass oft erst die Verlobungszeit den Brautleuten Gelegenheit bietet, sich im innigeren Verkehr mit einander und auf Grund der zu den beiderseitigen Verwandten sich entwickelnden Beziehungen die Gewissheit zu verschaffen, ob

[3]) Das von Stutz a. a. O. vorgeschlagene „Verlobung“ ist ebenso doppelsinnig wie „Verlöbnis“.

[4]) So Kohler, Ideale im Recht, im Arch. f. bürgerl. Recht Bd. 5 S. 227 ff., Jacobi, Das persönliche Eherecht des BGB. S. 19, Cless, Staat und Familie im Lichte des künftigen deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs S. 23, F. Kohler, Das Eherecht des bürgerlichen Gesetzbuchs einschliesslich des ehelichen Güterrechts S. 2, Bulling, Die deutsche Frau und das bürgerliche Gesetzbuch § 69 ff., Trendelenburg, Naturrecht auf dem Grunde der Ethik S. 191—192, welcher aber auch der Vorbereitungsfunktion des Verlöbnisses Rechnung trägt.

die Voraussetzungen für eine glückliche Ehe vorhanden sind. Die praktische Konsequenz dieses Standpunktes geht dahin, dem Verlöbnisse jede verbindliche Kraft abzusprechen. So sagt denn auch Kohler[5]): „Eine Rechtspflicht oder Treupflicht in dem Sinne, dass der Verlobte beim Verlöbnis in thesi verharren solle, besteht nicht; sie wäre mit dem Gedanken einer Prüfungs- und Erprobungszeit im Widerspruch."

Gegenüber den Anhängern des Probezeitdogmas ist jedoch nachdrücklichst hervorzuheben, dass es mit den thatsächlichen Verhältnissen nicht im Einklang steht. Es mag vielleicht auf dem Boden einer freieren philosophischen Anschauung seine Berechtigung haben, welche der Individualität, der Persönlichkeit den weitesten Spielraum lässt; dem deutschen Volksbewusstsein entspricht es nicht.[6]) Will man das deutsche Verlöbnis nicht zu einer blossen Liebschaft degradieren, womit man den Ernst und die Eigenart dieses Instituts verkennen würde, so setzt es auf beiden Seiten die feste Absicht der späteren Eheschliessung voraus. Eine solche Absicht kann und darf aber nur aus einer sorgfältigen Ueberlegung hervorgegangen sein. Es muss daher von den Brautleuten verlangt werden, dass sie sich bereits vor Eingehung des Verlöbnisses darüber klar geworden sind, dass die Charaktere zu einander passen und eine Garantie für ein erspriessliches Zusammenleben in der Ehe gegeben ist. Man braucht mit dem Eheversprechen

---

[5]) a. a. O. S. 229 Anm. 71. Vgl. auch die extremen Ausführungen bei Bulling a. a. O. Ebenso betont Dalloz, Jurisprudence générale tome XXXI unter „Mariage" No 81 die „liberté qui, pour n'être pas illusoire, doit exister sans trouble, sans arrière-crainte jusqu'au moment même de l'engagement solennel devant l'officier de l'état civil."

[6]) Vgl. Mot. IV S. 3, Gierke, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht S. 395, derselbe in den Verhandlungen des Preuss. Land.-Oekon.-Koll. 1889. (Thiel's Landwirtschaftl. Jahrbücher Bd. 18, Ergänzgsbd. 2) S. 860—61, Hinschius, Das Personenrecht der Ehegatten im Entwurf eines BGB., im Arch. f. civ. Pr. Bd. 74 S. 57, v. Scheurl, Noch einige Bemerkungen über das persönliche Eherecht im Entwurf, im Arch. f. civ. Pr. Bd. 74 S. 388, Endemann, Einführung in das Studium des BGB. II S. 601 Anm. 12, Planck, Kommentar IV S. 8, Mumm, Die Rechte der Verlobten, in Seuffert's Bl. f. Rechtsanwendg. 1900 S. 161. Neuestens insbes. Dittenberger a. a. O. S. 28 ff., 200 ff.

keinen Götzendienst zu treiben wie bekanntlich in England; indes wird es auch heute von unserem Volke noch nicht als eine „Bagatelle“ angesehen. Wäre die gegenteilige Ansicht richtig, welche das Verlöbnis lediglich als eine Probezeit betrachtet, so müsste man das enge Band, das nach unseren gesellschaftlichen Anschauungen die Verlobten umschlingt und gewissermassen nach aussen hin isoliert, sowohl vom Standpunkte der Sittlichkeit als auch der Billigkeit entschieden verwerfen. Es wäre unmoralisch, wenn die Sitte den nahen Verkehr der Verlobten gestattet und sogar begünstigt, obwohl jeder gewärtig sein muss, dass der andere das Verhältnis willkürlich auflöst. Andererseits wäre es unbillig, den Verlobten bei der unsicheren Aussicht auf die Erfüllung des Eheversprechens eine besondere Stellung zuzuweisen, welche die Möglichkeit der Anknüpfung anderweitiger Beziehungen in hohem Masse beeinträchtigt. Wir denken eben anders vom Verlöbnisse. Gerade weil es die künftige Ehe vorbereiten soll und eine Vorbereitung die sichere Erwartung der Verwirklichung des Zwecks zur notwendigen Vorbedingung hat, müssen die Verlobten auf einander vertrauen dürfen. Der Freiheit der Persönlichkeit steht ein mindestens moralisches Recht gegenüber, welches nicht durch launenhafte Willkür und schuldhaften Leichtsinn geschmälert werden darf. Sein Treuwort einzulösen, gilt noch heute als eine sittliche Verpflichtung, der man sich ohne zwingende Gründe nicht entziehen kann.

§ 2.

Stellung des Rechts zum Verlöbnisse.

I. Die hervorragende soziale Bedeutung des Verlöbnisses bei Anerkennung des monogamischen Prinzips veranlasste schon frühzeitig den Gesetzgeber, auch dieses Institut in seine Sphäre hineinzuziehen. So entwickelte sich neben dem Eherecht ein Verlöbnisrecht. Inwieweit aber das Verlobtenverhältnis der Rechtsordnung unterstellt und insbesondere die Erfüllung des Eheversprechens rechtlich erzwungen werden soll, diese Frage bildet ein schwieriges Problem, welches in den verschiedenen Rechten und Zeiten

verschieden gelöst worden ist. Treffend bemerkt v. Scheurl[1]): „Ein Erzeugnis des Rechts ist das Verlöbnis so wenig als die Ehe; es ist wie diese ein dem Recht nur zur Bearbeitung vom Leben selbst gegebener Stoff, der sich aber in dem Masse, als man sich der Grenzen zwischen dem, was lediglich der Regelung durch die Sitte zu überlassen, und dem, was auch durch Rechtssatzung zu regeln ist, genauer bewusst wird, als noch um etwas spröder für die Bearbeitung durch das Recht darstellt wie die Ehe."

II. Den grössten Einfluss auf die Gestaltung des Verlöbnisrechts hatte zu allen Zeiten die Auffassung der Ehe. Je idealer das eheliche Band gedacht wird, um so eher wird man an sich Bedenken tragen, direkte oder indirekte Zwangsmittel zu seiner Herstellung zu gewähren. Wo dagegen der Ehe mehr ein materieller Inhalt gegeben wird, wird man vor der Statuierung eines mehr oder minder ausgedehnten Rechtszwanges nicht zurückschrecken. So finden sich denn in den einzelnen Gesetzgebungen die verschiedensten Schattierungen, welche sich innerhalb zweier Extreme bewegen, des Ausschlusses jeder Klage und des unmittelbaren physischen Vollstreckungszwanges.

III. Nicht ohne Bedeutung für die Entwicklung des Verlöbnisrechts war auch die kirchliche Gesetzgebung, welche von Anfang an dem Verlöbnisse als res spiritualis ebenso wie der Ehe besondere Beachtung schenkte. Wie auf anderen Gebieten, so machte sich aber auch hier eine moralisierende Tendenz geltend. Der idealen Anschauung von der Ehe stand der Grundsatz der unbedingten Hochhaltung des einmal gegebenen Wortes gegenüber, was naturgemäss zu einer gewissen Ueberspannung des Verlöbnisbandes führte, indem das Eheversprechen als Gegenstand wenn auch nur kirchlichen Rechtszwanges behandelt wurde.

IV. Wie sich die Gesetzgebungen im einzelnen zu dem Verlöbnisinstitut gestellt haben, soll uns in § 3 kurz beschäftigen.

---

[1]) Eherecht S. 362.

§ 3.

Uebersicht über die Geschichte des Verlöbnisrechts.

I. Das römische Recht ging davon aus, dass es gegen die guten Sitten verstosse, die Freiheit der Eheschliessung irgendwie zu beschränken. Daher gab es weder eine Klage auf Eingehung der Ehe noch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung.[1]) Auch die Vereinbarung einer Konventionalstrafe für den Fall des Nichtzustandekommens der Ehe wurde als unzulässig verworfen.[2]) Dieser Standpunkt war umso konsequenter, als ein Erfüllungszwang beim Verlöbnisse mit der freien Lösbarkeit der Ehe im Widerspruch gestanden hätte.[3]) Immerhin nahmen die Verlobten eine besondere gesellschaftliche Stellung ein, an welche sich gewisse Rechtswirkungen knüpften.[4]) [5])

---

[1]) Glück, Erl. d. Pand. Bd. 22 S. 377 ff., Karlowa, Röm. Rechtsgeschichte II S. 176 ff., Dernburg, Pandekten III S. 10 ff.

[2]) l. 134 pr. D. de V. O. 45, 1: quia inhonestum visum est vinculo poenae matrimonia obstringi sive futura sive iam contracta. Im späteren Recht liess man eine Bekräftigung des Verlöbnisses durch arra zu. l. 5 C. 5, 1.

[3]) l. 2 C. 8, 38: Libera matrimonia esse antiquitus placuit, ideoque pacta, ne liceret divertere, non valere et stipulationes, quibus poenae irrogarentur ei qui divortium fecisset, ratas non haberi constat. Nach Karlowa a. a. O., welcher sich auf die Autorität des Varro beruft, kannte das altrömische Recht eine actio ex sponsu auf das positive Interesse; vgl. auch Puchta, Institutionen II S. 301. Karlowa hält es für wahrscheinlich, dass die mit der Anerkennung der freien Ehe aufkommende Scheidungsfreiheit auch auf das Verlöbnis zurückgewirkt hat.

[4]) Z. B. kam das Verlobtenverhältnis als Ehehindernis und für das Zeugnisverweigerungsrecht in Betracht. Genaueres vgl. bei Karlowa a. a. O.

[5]) Ob die Sponsalien nach römischem Recht überhaupt als Vertrag anzusehen sind, was gemeinhin ohne weiteres angenommen wird, mag hier dahingestellt bleiben. Dernburg spricht in seinen Pandekten III S. 10 nur von einem „gegenseitigen Versprechen künftiger Ehe", in seinem Preuss. Privatrecht III S. 27 von einem „Versprechen der Ehe, das einen Akt von sozialer und ethischer Bedeutung zur Vorbereitung der Ehe bildete." Jedenfalls handelt es sich nicht um einen obligatorischen Vertrag. Vgl. Entsch. d. RG. i. Civils. Bd. 29 S. 98, v. Scheurl, Eherecht S. 40, 367, Stutz a a. O. S. 32. A. M. Friedberg, Lehrb. des kathol. u. evangel. Kirchenrechts S. 408, v. Wyss, Die Eheschliessung in ihrer geschichtlichen Entwicklung nach den

II. Die deutschrechtliche Verlobung bildet einen Bestandteil der Kaufehe, nämlich den Akt des Vertragsschlusses, die desponsatio, im Gegensatz zu dem Akt der Erfüllung, der traditio puellae.[6]) Sie stellt sich dar als ein Vertrag zwischen dem Gewalthaber der Braut und dem Brautwerber, durch welchen ersterer die Braut gegen Zahlung einer in den Volksrechten regelmässig fest bestimmten Geldsumme dem letzteren zu übergeben verspricht.[7]) Aus diesem Versprechen entsprang für den Muntwalt eine obligatorische Verpflichtung, deren Erfüllung nach den nordgermanischen Rechten sogar direkt durch gewaltsame Heimführung der Braut erzwungen werden konnte.[8]) Dabei richtete sich der Zwang nicht gegen die Verlobte, sondern gegen den Verlober, da jene als Objekt des Kaufgeschäfts erscheint. Erst in späterer Zeit trat die Braut selber als Kontrahentin auf, während der Gewalthaber auf ein Zustimmungsrecht beschränkt wurde. Vorbereitet wurde diese Entwicklung durch die Gewohnheit, den Kaufpreis, die meta, nicht mehr dem Muntwalt, vielmehr der Braut als

---

Rechten der Schweiz, in der Zeitschrift f. schweizer. Recht Bd. 20 S. 96, Dittenberger a. a. O. S. 4. Die Frage läuft darauf hinaus, ob nach römischem Recht auch eine nicht vermögenswerte Leistung den Gegenstand einer Obligation bilden kann.

[6]) Vgl. Friedberg, Kirchenrecht S. 410 ff., derselbe, Das Recht der Eheschliessung S. 17 ff., Sohm, Das Recht der Eheschliessung S. 22 ff., Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts IV S. 8 ff., Heilfron, Deutsche Rechtsgeschichte S. 636 ff., Stutz a. a. O. S. 1 ff., 84 ff.

[7]) Der Brautkauf war ursprünglich Vertrag mit Zug- um Zugleistung (Barkauf); erst später spaltet er sich in Verlobung und Trauung. Das rechtliche Verhältnis beider Akte ist Gegenstand der berühmten Kontroverse zwischen Sohm und Friedberg. Ersterer sieht in der Trauung nur die faktische Vollziehung der bereits durch die Verlobung geschlossenen Ehe, letzterer erst den ehebegründenden Akt. Auf das Nähere kann hier nicht eingegangen werden.

[8]) Vgl. v. Amira, Nordgermanisches Obligationenrecht I S. 138, II S. 662, Lehmann, Verlobung und Hochzeit nach den nordgermanischen Rechten des früheren Mittelalters S. 49, 116. In den übrigen germanischen Rechten war ein unmittelbarer Erfüllungszwang deshalb nicht gegeben, weil die Verlobung wie andere obligatorische Verträge in der Form der wadiatio abgeschlossen wurde, sodass dem Gläubiger nach der allgemeinen Regel nur ein Anspruch auf Verfall des Pfandes zustand. Vgl. Stutz a. a. O. S. 3 Anm. 1, Heilfron a. a. O. S. 481.

Witwenversorgung auszuhändigen. Entsprechend der Veränderung des Verlobungsinhalts nach dem Verblassen der Kaufidee verwandelte sich auch die Klage gegen den Muntwalt in einen klagbaren Anspruch gegenüber der Braut. Er gründete sich auf ein pactum de contrahendo, gerichtet auf die künftige Eheschliessung, welches nunmehr auch den Bräutigam seinerseits zur Erfüllung verpflichtete.

III. Das kanonische Recht, welches erst nach dem Tridentiner Konzil[9]) durch Aufstellung einer Eheschliessungsform zu einer festen Abgrenzung der sponsalia de futuro (Verlöbnis) von den sponsalia de praesenti (Trauung) gelangte, hielt an dem deutschrechtlichen Gedanken der Klagbarkeit des Verlöbnisses fest, wenngleich es weit entfernt war, das sittliche Wesen der Ehe zu verkennen.[10]) Letzterem trug es dadurch Rechnung, dass es einen unmittelbaren Zwang zur Erfüllung des Eheversprechens ausschloss und nur indirekt durch geistliche Strafen auf den Willen des Ungehorsamen einzuwirken gestattete, auch die Verabredung einer Vertragsstrafe für unwirksam erklärte.

---

[9]) Vor dem Tridentiner Konzil war durch die Lehre von der Sakramentsnatur der Ehe eine heillose Verwirrung in das Verlöbnisrecht gekommen. Diese wurde auch durch die von Petrus Lombardus aufgestellte Unterscheidung zwischen sponsalia de futuro und sponsalia de praesenti nicht beseitigt, da es bei dem in der deutschen Sprache bestehenden Mangel sinngemässer typischer Wortformen für diesen Gegensatz vollkommen in der Hand der Rechtsprechung lag, den einen oder den anderen Fall anzunehmen, um das eine Mal die Sponsalien für löslich, das andere Mal für unlöslich zu erklären, überdies die sponsalia de futuro durch copula carnalis ohne weiteren Eheschliessungsvertrag in eine Ehe übergehen konnten. Vgl. Stutz a. a. O. S. 86 und die in Anm. 6 citierten Werke von Friedberg und Sohm über das Recht der Eheschliessung.

[10]) Vgl. insbes. Esmein, Le mariage en droit canonique I S. 139 ff.: „Les fiancés étaient obligés de contracter le mariage promis entre eux. C'était là une obligation juridique, sanctionnée par le droit. Chaque fiancé pouvait contraindre l'autre fiancé à contracter et avait pour cela une action en justice, par laquelle il demandait que son sponsus lui fût adjugé. Mais comme il s'agissait d'un acte à accomplir, où la volonté intervenait, le juge ne pouvait employer que des moyens de contrainte indirects pour vaincre les résistances, et excommunier le récalcitrant.“ Vgl. auch Schulte, Handbuch des katholischen Eherechts S. 276 ff., v. Scherer, Handbuch des Kirchenrechts II S. 117 ff., Friedberg, Kirchenrecht S. 430.

IV. Der Regelung durch das kanonische Recht hat sich im grossen und ganzen das gemeine Recht angeschlossen. Es gab dem grundlos verlassenen Teile eine actio matrimonialis, welche principaliter auf Vollziehung der Ehe, subsidiär auf das Erfüllungsinteresse ging.[11]) Während aber dem sittlichen Ernste der Kirche die Anwendung nicht dem religiösen Gebiet angehörender äusserer Zwangsmittel widerstrebte, ging die weltliche Praxis teilweise unter völliger Vernachlässigung des idealen Moments der persönlichen Zuneigung noch über das Beispiel des kanonischen Rechts hinaus, indem sie sich nicht scheute, das Urteil der Erfüllungsklage durch Zwangskopulation zu vollstrecken.[12])[13])

V. Was die modernen Partikulargesetzgebungen anbetrifft, so lassen sie sich in drei Gruppen scheiden[14]):

1. Die einen standen auf dem Boden des gemeinen Rechts und behandelten das Verlöbnis als einen obligatorischen, eine Klage auf Eingehung der Ehe begründenden Vertrag, so vor allen das preussische ALR. II, 1 §§ 75, 82, 99, 112—116.[15]) Eine solche Klage verlor aber ihre praktische Bedeutung und Berechtigung, als die Civilprozessordnung in den §§ 774 Abs. 2 und 779 Abs. 2 (jetzt §§ 888 und 894) die Vollstreckung des Urteils untersagte. Es musste widersinnig und mit der Würde des Rechts nicht vereinbar erscheinen, dass man nicht von vornherein eine Klage auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zuliess.

2. Diesen Schritt hatte die Mehrzahl der deutschen

---

[11]) Vgl. Bartels, Ehe und Verlöbnis nach gemeinem und partikulärem Rechte in der Provinz Hannover S. 164 ff., Entsch. d. RG. in Civils. Bd. 7 S. 340, Bd. 20 S. 334, Bd. 23 S. 177, Bd. 29 S. 98, Bd. 39 S. 188, Seuffert's Archiv Bd. 6 No. 208, Bd. 7 No. 59, 324, Bd. 13 No. 35, Bd. 18 No. 256, Bd. 19 No. 111, Bd. 27 No. 37, Bd. 28 No. 75, Bd. 30 No. 36.

[12]) Besonders in Sachsen und Neuvorpommern kamen Zwangstrauungen noch im vorigen Jahrhundert vor. Vgl. Friedberg, Recht der Eheschliessung S. 300, v. Scheurl, Eherecht S. 381.

[13]) Auch das Verbot einer Konventionalstrafe war dem gemeinen Rechte fremd.

[14]) Vgl. Mot. IV S. 1 ff., Denkschrift S. 159 ff.

[15]) Entsch. d. Obertribunals Bd. 23 S. 173, Striethorst's Archiv Bd. 5 S. 351, Bd. 66 S. 130.

Partikularrechte bereits gethan oder that ihn nunmehr.[16]) Sie schlossen eine Klage auf Vollziehung der Ehe aus und gaben bei ungerechtfertigtem Rücktritt vom Verlöbnisse nur einen Entschädigungsanspruch. Der Umfang des zu ersetzenden Schadens war im einzelnen verschieden, wie denn auch die Zulässigkeit einer Konventionalstrafe bald bejaht, bald verneint wurde.

3. Nach einer dritten Kategorie von Rechten endlich entsprangen aus dem Verlöbnisse keinerlei Ansprüche, wie nach dem badischen und bremischen Recht.[17]) [18]) Es wurde also das Eheversprechen aus dem Rechtsgebiete ausgeschieden und in die Sphäre reiner Gewissenspflichten verwiesen. Im praktischen Resultat wichen allerdings diese Gesetzgebungen von den übrigen kaum ab, da letztere meist eine bestimmte Form zur Rechtsverbindlichkeit des Verlöbnisses vorschrieben, welche im Volke nur selten beobachtet wurde.[19])

---

[16]) Vgl. Seuffert's Archiv Bd. 9 No. 215: „Vom legislativen Standpunkte aus hätte es für die einzelnen Bundesstaaten nahe gelegen, bei Ausführung des genannten Reichsgesetzes von 1875 die Verurteilung zur Eingehung einer Ehe zu untersagen."

[17]) Ges. f. Baden v. 21. Dez. 1869 § 65: Aus dem Eheverlöbnis findet eine Klage nicht statt.

Ges. f Bremen v. 31. Okt. 1875 § 2: Eine Klage auf Eingehung der Ehe oder auf eine an deren Stelle zu leistende Entschädigung, sowie eine Klage auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung eines Eheversprechens findet nicht statt.

[18]) Ob nach französischem Recht, welches wahrscheinlich das badische Recht beeinflusst hat, das Verlöbnis Rechtswirkungen erzeugt, ist kontrovers. Vgl. Crome, Handbuch des französ. Civilrechts III S. 28 ff., Barazetti, Das Eherecht mit Ausschluss des ehelichen Vermögensrechts nach dem Code Napoléon u. badischen Landrecht S. 57 ff. Mangels einer besonderen Bestimmung wird man aus art. 1142 in Verbindung mit art. 1107 code civil schwerlich einen Anspruch uf das Erfüllungsinteresse im Falle des Verlöbnisbruchs herleiten können, da art. 1142 offenbar nur vermögensrechtliche Leistungen im Auge hat. Es lässt sich höchstens aus dem Gesichtspunkte eines ausserkontraktlichen Verschuldens nach art. 1382 und art. 1383 ein Ersatzanspruch konstruieren, was aber ebenfalls bestritten ist. Vgl. für alle 3 Ansichten die Entscheidungen bei Dalloz a. a. O. S. 157 ff.

[19]) So verlangt ALR. II, 1 § 82 Abschluss in gerichtlicher oder notarieller Form.

B. Die juristische Konstruktion des Verlöbnisses nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch.

§ 4.

Das Verlöbnis in den Vorarbeiten zum Bürgerlichen Gesetzbuch.*)

I. Als man an die Kodifikation eines einheitlichen deutschen Verlöbnisrechts herantrat, war man ziemlich allgemein der Ansicht, dass der Zug der Rechtsentwicklung auf eine Abschwächung der Verlöbniswirkungen hindrängte. Die Klage auf Erfüllung des Eheversprechens hatte sich überlebt, nachdem ihr der Vollstreckungszwang versagt war. Es konnte sich also nur darum handeln, ob an den Verlöbnisbruch Schadensersatzfolgen geknüpft werden sollten.

Der Vorentwurf, welcher der ersten Kommission zur Beratung vorlag, nahm einen äusserst radikalen Standpunkt ein. Nach dem Muster des badischen und bremischen Rechts sprach er dem Verlöbnisse als solchem jede rechtliche Wirkung ab, wenngleich er andererseits in doktrinärem Formalismus kein Bedenken trug, dasselbe in hergebrachter Weise als den „auf die künftige Abschliessung einer Ehe gerichteten Vertrag“ zu definieren.[1]) Lediglich die allgemeinen Grundsätze über den Schadensersatz aus unerlaubten Handlungen sollten für das Verlöbnis massgebend sein.

Die erste Kommission konnte sich zwar den Erwägungen nicht verschliessen, dass „der den §§ 774 Abs. 2

*) Vgl. Stutz a. a. O. S. 9 ff., Dittenberger a. a. O. S. 18 ff.

[1]) „Der auf die künftige Abschliessung einer Ehe gerichtete Vertrag (Verlöbnis) begründet weder einen Anspruch auf Vollziehung der Ehe noch auf Entschädigung wegen Nichterfüllung oder einseitigen Rücktrittes vom Verlöbnisse. Die Verabredung einer Leistung für den Fall, dass die Ehe nicht zu stande komme, ist nichtig.“ Protokolle der Kommission für die 1. Lesung S. 5829 (Prot. I).

und 779 Abs. 2 CPO. zu Grunde liegende Gedanke in konsequenter Fortentwicklung auch zu dem Ausschlusse des Anspruchs auf das Erfüllungsinteresse führen müsse, dass „ein solcher Anspruch sich nicht mit dem Wesen der Ehe vertrage, welche in erster Linie ein sittliches Verhältnis sei und nicht als eine Quelle für vermögensrechtliche Vorteile behandelt werden dürfe“ [2]); sie glaubte aber, nicht soweit gehen zu dürfen wie der Verfasser des Vorentwurfs. Man hielt es mit Rücksicht auf die Billigkeit und das im Volke lebende Rechtsbewusstsein für bedenklich, nur die allgemeinen Vorschriften über die Deliktshaftung zur Anwendung zu bringen, zumal es zweifelhaft erscheinen konnte, ob der Verlöbnisbruch als unerlaubte Handlung zu qualifizieren sei, da das Verlöbnis als solches für unverbindlich erklärt, der Rücktritt also freigestellt wurde. Um allen konstruktiven Schwierigkeiten nach Ablehnung des Deliktsstandpunkts aus dem Wege zu gehen, beschloss man, den Schadensersatzanspruch positiv festzusetzen,[3]) und kam zu folgenden Bestimmungen, welche als erster Entwurf der Oeffentlichkeit übergeben wurden:

§ 1227. Durch das Verlöbnis wird eine Verbindlichkeit der Verlobten zur Schliessung der Ehe nicht begründet.[4])

§ 1228. Tritt ein Verlobter von dem Verlöbnisse zurück, so hat er dem anderen Verlobten und den Eltern des letzteren den Schaden zu ersetzen, welcher denselben dadurch entstanden ist, dass von ihnen in Erwartung der Eheschliessung Aufwendungen gemacht, Verbindlichkeiten eingegangen oder sonstige vermögensrechtliche Verfügungen getroffen sind, es sei denn, dass ein wichtiger, nach den Umständen des Falles den Rücktritt rechtfertigender Grund vorlag.

---

[2]) Prot. I S. 5833, Mot. IV S. 3.

[3]) Vgl. Prot. I S. 5836.

[4]) Aehnlich lautet § 45 des österr. BGB.: Ein Eheverlöbnis oder ein vorläufiges Versprechen, sich zu ehelichen, unter was für Umständen oder Bedingungen es gegeben oder erhalten worden, zieht keine rechtliche Verbindlichkeit nach sich, weder zur Schliessung der Ehe selbst, noch zur Leistung desjenigen, was auf den Fall des Rücktrittes bedungen worden ist.

Lag der Grund des Rücktrittes in einem dem anderen Verlobten zur Last fallenden Verschulden, so ist dieser dem Zurücktretenden und dessen Eltern nach Massgabe des 1. Abs. zum Schadensersatze verpflichtet.

II. Mit grosser Schärfe wandte sich alsbald die Kritik sowohl gegen die Fassung wie gegen den Geist des Entwurfs.[5]) Vor allen waren es Gierke und Hinschius, welche vor einer allzu laxen Behandlung des Verlöbnisrechts ihre warnende Stimme erhoben. Man erblickte in dem § 1227 geradezu eine Aufforderung zu Entlobungen und hielt es für gesetzgeberisch verfehlt, an die Spitze des Familienrechts einen Satz zu stellen, welcher das Verlöbnis schlechthin für unverbindlich erklärte. Es werde dadurch der Anschein erweckt, als solle auch die im Verlöbnisse liegende sittliche Verpflichtung geleugnet werden. Eine Verneinung der rechtlich bindenden Kraft des Verlöbnisses stehe im übrigen mit der Volksanschauung im Widerspruch.

III. Während die erste Kommission, wenn sie auch die Definition des Vorentwurfs nicht aufnahm, in Verkennung der Tragweite der Fassung des § 1227 keinen Zweifel an der rechtsgeschäftlichen Natur des Verlöbnisses anregte und die Motive von einem „auf die künftige Herbeiführung der ehelichen Gemeinschaft gerichteten Vertrage“ sprechen liess,[6]) wogte in der Kommission für die zweite Lesung der Kampf um die prinzipielle Auffassung des Verlöbnisses hin und her.[7]) Die einen behaupteten, es widerstreite dem sittlichen Wesen der Ehe, eine rechtsgeschäftliche Verpflichtung zur Schliessung der Ehe anzuerkennen. Der eigentliche Rechtsgrund der Schadensersatzpflicht „liege nicht in dem rechtsgeschäftlichen Charakter des Verlöbnisses, sondern vielmehr darin, dass der Zurücktretende durch den Abschluss des Verlöbnisses bei dem anderen Teile eine Erwartung hervorgerufen und diese

---

[5]) Gierke, Entwurf S. 395 ff., Verhandlungen d. Preuss. Land.-Oekon.-Koll., a. a. O. S. 860, Hinschius, Personenrecht, a. a. O. S. 55, v. Scheurl, Bemerkungen, a. a. O. Vgl. im übrigen Zusammenstellg. gutachtl. Aeusserungen zum Entwurf IV S. 11 ff.

[6]) Mot. z. EG. S. 278.

[7]) Protokolle der Kommission für die 2. Lesung IV S. 1 ff. (Prot. II.)

Erwartung dadurch getäuscht habe, dass er wegen des Mangels einer ehelichen Gesinnung zurücktrete.“ Dem gegenüber wurde von anderer Seite geltend gemacht, „es sei nicht richtig, den Satz aufzustellen, dass das Verlöbnis unter keinen Umständen ein Rechtsgeschäft sein könne.“ Als es sich um den Defiorationsanspruch der geschwächten Braut handelte, hob die ablehnende Minderheit hervor, dass die Billigkeit keineswegs den Anspruch verlange und das Verlöbnis kein Rechtsgeschäft sei.[8]) Andererseits wurde der Antrag, die Giltigkeit des Verlöbnisses von der Zustimmung derselben Personen, wie sie zur Eheschliessung verlangt werde, abhängig zu machen, mit dem Hinweis darauf verworfen, dass sich die Entscheidung bezüglich des gesetzlichen Vertreters von selbst ergebe, wenn man annehme, dass das Verlöbnis als eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung anzusehen sei; für diese Annahme lasse sich anführen, dass nach den §§ 1227, 1228 das Verlöbnis unter Umständen vermögensrechtliche Folgen habe.[9])

IV. Bei diesen Meinungsverschiedenheiten hielt man es schliesslich für das Zweckmässigste, sich in Schweigen zu hüllen und die Frage nach der juristischen Natur des Verlöbnisses und dem Rechtsgrunde seiner Rücktrittsfolgen der Wissenschaft zu überlassen. Wie der Prätor in Rom sprach man nicht mehr von Rechten, sondern von Klagen und gab dem § 1227 als § 1203 die neutrale Fassung:

Aus dem Verlöbnisse kann nicht auf Eingehung der Ehe geklagt werden.[10])

In materieller Hinsicht wurde der 1. Entwurf gegenüber den weitergehenden Forderungen von Gierke und Hinschius im ganzen aufrecht erhalten. Es wurden die Wirkungen des Verlöbnisbruchs nur dahin erweitert, dass der Braut, die ihrem Bräutigam die Beiwohnung gestattet

[8]) Prot. II Bd. IV S. 697.

[9]) Prot. II Bd. IV S. 9.

[10]) Mit Rücksicht auf die veränderte Fassung wurde der Satz, welcher die Nichtigkeit der Vereinbarung einer Vertragsstrafe ausspricht, wieder hinzugefügt. Genau ebenso sagt § 1579 des sächs. BGB.: „Aus einem Verlöbnisse kann nicht auf Eingehung der Ehe geklagt werden“ und § 1580: „Das Versprechen einer Strafe für den Fall, dass die Ehe zwischen den Verlobten nicht zu stande kommt, ist nichtig.“

hat, auch wegen des immateriellen Schadens ein Anspruch auf eine billige Entschädigung in Geld gewährt wurde.

V. In der Reichstagskommission gewann allerdings die Ansicht die Oberhand, dass das Verlöbnis nicht als Rechtsgeschäft aufzufassen sei.[11]) Dem von einer Seite gestellten Antrage, wenigstens eine des Klagerechts entbehrende Verpflichtung zur Eheschliessung zu statuieren, trat der Regierungsvertreter mit dem Bemerken entgegen, „dass die aus dem Verlöbnisse sich ergebende Verpflichtung zur Eheschliessung nur eine höchst unvollkommene sein könne. Sie sei jedenfalls keine Verpflichtung obligatorischer Art, sondern nur eine ethische oder soziale, an die sich allerdings unter gewissen Voraussetzungen Rechtsfolgen anschliessen.“ Dem stimmte die Kommissionsmehrheit bei, indem sie ausführte, „es sei selbstredend, dass ein frivoler Bruch eines Verlöbnisses unmoralisch sei; aber soweit zu gehen, die Verpflichtung, ein Verlöbnis auszuführen, zu einer wenn auch nicht klagbaren Rechtsverpflichtung zu machen, liege kein Grund vor.“ Trotzdem billigte man prinzipiell den Standpunkt des 2. Entwurfs. Was dieser aufgestellt hatte, wurde mit nur geringfügigen Veränderungen und Ergänzungen, insbesondere unter Ausdehnung des Ersatzanspruchs auf dritte Personen, welche an Stelle der Eltern in Erwartung der Ehe Aufwendungen gemacht haben oder Verbindlichkeiten eingegangen sind, zum Gesetz erhoben.

§ 5.

Die Verlöbnistheorieen im allgemeinen und ihre Einteilung.

I. Soweit die Frage nach der Rechtsnatur des Verlöbnisses in der bisherigen Litteratur des Bürgerlichen Gesetzbuchs behandelt ist, gehen die Ansichten weit auseinander. Während sich die meisten mit mehr oder minder ausführlicher oder ohne jede Begründung für eine bestimmte Konstruktion entscheiden oder gewisse juristische Gesichtspunkte als causa der Rücktrittsfolgen aufstellen, fehlt es

[11]) Bericht der Reichstagskommission über den Entwurf IV S. 1 ff.

nicht an solchen, welche die gesetzlichen Vorschriften als einen Komplex rein positiver Normen betrachten. Während die einen in dem neuen Verlöbnisrecht eine radikale Umwälzung und einen völligen Bruch mit der überlieferten Doktrin erblicken, halten die anderen an der hergebrachten Rechtsauffassung fest. Bei der Unklarheit, welche schon in den Vorarbeiten des Gesetzes über den rechtlichen Charakter des Verlöbnisses zu Tage trat, war ein solcher Meinungsstreit vorauszusehen. Der Gesetzgeber hat es ängstlich vermieden, sich durch einen ausdrücklichen Hinweis auf eine bestimmte Theorie festzulegen. Er hat weder eine Definition des Verlöbnisses gegeben noch seine materiellen Voraussetzungen geregelt. Gerade diese Lückenhaftigkeit veranlasst uns aber, nach einer konstruktiven Grundlage zu suchen. Wenn auch die Wirkungen des Verlöbnisbruchs nicht allzu erheblich sind, so gewinnt die Frage doch dadurch an Bedeutung, dass für den Abschluss des Verlöbnisses keine bestimmte Form mehr vorgeschrieben ist.

II. Im einzelnen kann man folgende Verlöbnistheorieen unterscheiden:

1. Theorieen der Thatsächlichkeit:[1] Sie gehen davon aus, dass das Verlöbnis nur ein thatsächlicher Vorgang ist, an dessen äusseren Bestand die Rechtsordnung unter gewissen Voraussetzungen rechtliche Wirkungen anknüpft. Wie man sich das durch diesen thatsächlichen Vorgang unter den Verlobten begründete Verhältnis, den Brautstand, juristisch vorstellt, ob es insbesondere ebenfalls nur als ein rein thatsächliches Verhältnis aufgefasst wird, ist bei den Vertretern dieser Theorie nicht immer klar ersichtlich.
2. Rechtsgeschäftliche Theorieen: Sie behandeln das Eheversprechen als ein Rechtsgeschäft und zwar als einen Vertrag, den Brautstand als ein Rechtsverhältnis. Über

[1] Jacobi, Eherecht S. 18, Bunsen, Einführung in das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich III S. 9, Engelmann, Das alte und das neue bürgerliche Recht Deutschlands mit Einschluss des Handelsrechts S. 635, Matthiass, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts II S. 225, Hellmann, Das Verlöbnis nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche (Deutsche Juristen-Zeitung 1901 S. 217 ff.).

die Natur dieses Vertrages spalten sich wiederum die Meinungen:

a) Die einen sprechen von einem Vertrage schlechtweg, sodass man annehmen kann, dass das Verlöbnis wie im früheren Recht als ein obligatorischer Vertrag angesehen wird.[2])

b) Dittenberger[3]) sieht zwar in dem Eheversprechen einen obligatorischen Vertrag, in dem Brautstande aber ein obligatorisch-familienrechtliches Verhältnis.

c) Eine dritte Ansicht endlich entscheidet sich für die Zugehörigkeit des Verlöbnisses zu der Kategorie der familienrechtlichen Verträge.[4])

III. Eine Kritik der angeführten Verlöbnistheorieen setzt eine systematische Basis voraus. Man muss sich über den Begriff und das Wesen der Rechtsgeschäfte sowie über die charakteristischen Unterschiede der einzelnen Ver-

[2]) Planck, Kommentar IV (bearbeitet von Unzner) S. 8 ff., Staudinger, Kommentar IV S. 3 (bearbeitet von Engelmann), Scherer, Familienrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich S. 3, Kuhlenbeck, Handkommentar zum BGB. II, 1 S. 2, Neumann, Handausgabe des BGB. II, 1 S. 702, Achilles, Textausgabe des BGB. S. 463, Bendix, Das deutsche Privatrecht auf Grund des deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs S. 647, Fraenkel, Familienrecht des BGB. S. 2, Mayer-Reis, Lehrbuch des Familien- und Erbrechts I S. 6, Heilfron, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts IV S. 7, Mumm in Seuffert's Bl. für Rechtsanwdg. 1900 S. 161, welcher allerdings schwankt und anfangs nur von „vertragsähnlichen Wirkungen" spricht.

[3]) a. a. O. insbes. S. 59 ff.

[4]) Endemann, Einführung II S. 599 ff., Habicht, Die Einwirkung des Bürgerlichen Gesetzbuchs auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse S. 522 ff., Niedner, Das Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch S. 35, 310, Leske, Vergleichende Darstellung des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich und des Preussischen Allgemeinen Landrechts S. 626, Ehrlich, Das zwingende und nichtzwingende Recht im Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich S. 177, Stutz in seiner bereits citierten Schrift „Die Rechtsnatur des Verlöbnisses nach deutschem bürgerlichem Recht", Schmidt-Habicht, Kommentar zum Familienrecht des BGB. S. 5 ff., Badische Rechtspraxis 1900 S. 328 ff., Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs II S. 426, welcher zwar den Ausdruck „familienrechtlicher Vertrag" nicht erwähnt, aber sich der Sache nach in der neuesten Auflage insbesondere der Auffassung von Stutz angeschlossen hat.

tragsarten klar sein, um zu einer sachgemässen juristischen Konstruktion des Verlöbnisses zu kommen. Es soll daher im folgenden Abschnitt zunächst die Lehre der Rechtsgeschäfte und Verträge in kurzen Umrissen dargestellt werden, soweit es für den vorliegenden Zweck erforderlich erscheint.

I. Rechtsgeschäfte und Verträge.

a. Begriff und Wesen der Rechtsgeschäfte.

§ 6.

Juristische Thatsachen.

I. Die Rechtsordnung knüpft die Entstehung, Veränderung und Endigung der Rechtsverhältnisse d. h. der rechtlich wirksamen Beziehungen zwischen Personen und anderen Personen oder Sachen an gewisse Thatsachen, die wir als juristische Thatsachen bezeichnen.[1] Da die praktische Bedeutung der Rechtsverhältnisse in den aus ihnen entspringenden Rechten und Pflichten gipfelt, spricht man auch davon, dass durch juristische Thatsachen die subjektiven Rechte und Rechtspflichten begründet, verändert und aufgehoben werden. Regelmässig ist zum Eintritt eines Rechtserfolgs eine ganze Reihe von juristischen Thatsachen, sei es von äusseren Vorgängen oder sonstigen Umständen, erforderlich. Die Summe dieser Thatsachen heisst der juristische Thatbestand.[2] Man drückt sich aber gewöhnlich unlogisch dahin aus, dass lediglich der äussere Vorgang, an den sich die Rechtswirkung anschliesst, die Ursache derselben ist.

II. Die juristischen Thatsachen zerfallen in zwei Hauptgruppen, jenachdem sie sich als Aeusserungen des bewussten menschlichen Willens darstellen oder nicht, in Handlungen (Rechtshandlungen) und Thatsachen anderer Art. Unter den

[1]) Vgl. Bekker, System des heutigen Pandektenrechts II S. 1 ff., Regelsberger, Pandekten S. 436, Dernburg, Pandekten I S. 184, Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts I S. 262, Matthiass, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts I S. 163.

[2]) Bekker a. a. O. nennt die Thatbestände juristische Thatsachen, nicht die einzelnen Thatbestandsmomente.

Rechtshandlungen nehmen wiederum die Rechtsgeschäfte die erste Stelle ein d. h. die auf Hervorbringung eines rechtlichen Erfolgs gerichteten Privatwillenserklärungen.[3]) Sie unterscheiden sich von den anderen Rechtshandlungen, insbesondere den Delikten dadurch, dass bei ihnen die Rechtswirkungen auf dem durch die Rechtsordnung bestätigten Parteiwillen, nicht auf der den Parteiwillen ignorierenden oder gar missbilligenden Rechtsordnung beruhen.

§ 7.

Wille und Wirkung.

I. Die Rechtsgeschäfte bieten dem Menschen ein Mittel, in einer seinen Wünschen und Bedürfnissen entsprechenden Weise seine Lebensverhältnisse zu ordnen. Es liegt in seiner Hand, durch ihren Abschluss Rechtsveränderungen hervorzurufen. Die Rechtsordnung setzt zwar aus ethischen und sozialen Gründen gewisse Schranken; innerhalb derselben aber lässt sie das Individuum sich frei bethätigen und stellt ihm ihre Machtmittel zur Verfügung. Dem Einzelwillen wohnt die Fähigkeit inne, aus sich heraus unmittelbare Wirkungen zu erzeugen. Er ist nicht bloss „die Voraussetzung oder Bedingung, sondern die causa efficiens des Rechtserfolgs".[1]) Das Gesetz sanktioniert bei den Rechtsgeschäften lediglich den selbstschöpferischen Parteiwillen, während es bei den sonstigen Rechtshandlungen aus eigener Machtvollkommenheit einen äusseren Thatbestand mit Rechtsfolgen ausstattet.[2]) Die einen sind „Handlungen mit gewillkürter", die anderen solche „mit notwendiger Rechtsfolge".[3])

II. Dieser den subjektiven Willen des Individuums zum Ausgangspunkte nehmenden Theorie ist neuerdings eine

---

[3]) Auch das durch die Willenserklärung geschaffene Verhältnis wird als Rechtsgeschäft bezeichnet.

[1]) Karlowa, Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung. S. 4.

[2]) Vgl. Regelsberger, Pandekten I S. 487 ff., Dernburg, Pandekten I S. 214 ff., Enneccerus, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin S. 161 ff., Windscheid-Kipp, Pandekten I § 69 Anm. 1a, Pernice, Rechtsgeschäft und Rechtsordnung (Grünhut's Zeitschrift Bd. 7 S. 463 ff.).

[3]) Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft S. 277.

andere gegenübergetreten, welche mit Entschiedenheit jeden Zusammenhang zwischen dem Willen und dem Rechtseffekt verneint.[4]) Es erscheint ihr „unbegreiflich, wie man hat behaupten können, dass die Parteien den Zauberschlüssel in der Hand tragen, um irgend ein Fach, irgend eine Pforte des Rechts nach Belieben springen zu lassen".[5]) Nicht der Wille der Partei, sondern das Gesetz soll die Rechtswirkung bestimmen. Die Willenserklärung giebt nach dieser Auffassung nur den äusseren Anstoss, damit die Rechtsordnung thätig wird. Der Mensch hat nur die Wahl, ob er einen Rechtsakt vornehmen will oder nicht; welche Folgen sich an diesen Akt anschliessen, ist von seinen Vorstellungen und Absichten vollkommen unabhängig, sie treten ex lege ein, mögen sie von ihm gewollt sein oder nicht. Man macht insbesondere hierfür geltend, dass sich die wenigsten Parteien der ganzen juristischen Tragweite ihrer Erklärungen bewusst seien und doch durch die Rechtsordnung gezwungen würden, sich ihrem Spruche zu unterwerfen und alle Rechtsfolgen zu acceptieren, welche sie vorschreibt.[6])

Eine konsequente Durchführung dieses Standpunkts musste notwendig dazu führen, den ganzen Rechtsgeschäftsbegriff als „wissenschaftlich wertlos" über Bord zu werfen.[7]) Stellte man das entscheidende Moment der privatrechtlichen Selbstbestimmung in Abrede, so verlor die bisherige Systematik ihren Boden. Es ging nicht mehr an, von kontraktlichen und ausserkontraktlichen Folgen, von Vertragstiteln und gesetzlichen Titeln zu reden, sondern nur noch von Thatsachen, welche die Rechtsordnung kraft ihrer Machtgebote mit rechtlichen Wirkungen bekleidet.

III. Der gegnerischen Theorie ist ohne weiteres zuzugeben, dass sich nicht immer alle Folgen eines Rechtsgeschäfts auf den Willen der Beteiligten zurückführen lassen, falls man nicht zu allerdings „wissenschaftlich wertlosen"

[4]) Auf eine erschöpfende Behandlung der Frage muss im Rahmen dieser Arbeit verzichtet werden; es gilt nur, einen Grundriss zu geben.

[5]) Kohler, Autorrecht, in Iherings Jahrbüchern Bd. 18 S. 160.

[6]) Vgl. Kohler a. a. O. S. 149 ff., derselbe, Noch einmal über Mentalreservation und Simulation, in Iherings Jahrbüchern Bd. 16 S. 328.

[7]) So Schlossmann, Der Vertrag S. 7, 128 ff.

Fiktionen seine Zuflucht nimmt. Daher wäre es verfehlt, das Rechtsgeschäft als denjenigen eine Willenserklärung enthaltenden Thatbestand zu definieren, welcher gerade nur den beabsichtigten Rechtseffekt nach sich zieht. Es kann aber auch nicht darauf ankommen, dass die Parteien die einzelnen Rechtsfolgen vorausgesehen und gewollt haben; die Frage ist vielmehr die, ob das Rechtsverhältnis, aus dem die Wirkungen resultieren, also die Herstellung der rechtlichen Beziehung zu bestimmten Personen ein Produkt des bewussten Parteiwillens ist.[8]) Und das ist bei den Rechtsgeschäften unbedingt zu bejahen. Wer ein Kaufgeschäft abschliesst, begründet kraft seiner Erklärung ein Rechtsverhältnis zu einem Dritten, nicht, weil die Rechtsordnung, wie Kohler[9]) behauptet, auf den blossen Schall seiner Worte, auf den „Natureffekt" reagiert, sondern weil er sich rechtlich binden will.[10]) Es besteht also jedenfalls ein Zusammenhang zwischen Wille und Rechtsverhältnis, welcher als das entscheidende Kriterium des Rechtsgeschäftsbegriffs angesehen werden muss. Man kann allerdings weiter gehen und sagen, dass nicht nur das Ob d. h. der Eintritt des Rechtsverhältnisses, sondern auch das Wie d. h. die Gestaltung seines Inhalts von dem Parteiwillen abhängig ist, wenn man sich auf den Standpunkt stellt, dass die Rechtsordnung lediglich Regulator und Schranke des menschlichen Gesellschaftslebens ist und nur ausnahmsweise im täglichen Rechtsverkehr der Privatautonomie entgegentritt. Insofern hat es eine gewisse Berechtigung, den Parteiwillen prinzipiell auch als Ursache der Einzelfolgen des Rechtsverhältnisses zu betrachten.[11])

[8]) Dernburg, Pandekten I S. 217.

[9]) Autorrecht a. a. O. S. 134.

[10]) Der Wille muss auf eine Rechtswirkung, nicht bloss auf einen praktischen Zweck gerichtet sein. „Wenn erkennbar die rechtliche Verpflichtungsabsicht fehlt, entsteht kein Rechtsgeschäft, mag auch Anstand und Sitte die Erfüllung gebieten." So Regelsberger a. a. O., vgl. auch Windscheid-Kipp a. a. O. A. M. Lenel, Parteiabsicht und Rechtserfolg, in Iherings Jahrbüchern Bd. 19 S. 154 ff.

[11]) Diese Ansicht hat um so mehr für sich, als sich der Rechtsverkehr hauptsächlich auf dem Gebiete des Obligationenrechts bewegt; vgl. unten § 9. Dass übrigens die Willenserklärungen, welche zum Thatbestande der Rechtsgeschäfte gehören, in letzter Linie nur des-

IV. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat von einer Begriffsbestimmung des Rechtsgeschäfts abgesehen und diese Frage der Wissenschaft überlassen. Nach den obigen Ausführungen wird man an der auch von den Motiven vertretenen Auffassung festhalten, dass es Privatwillenserklärungen sind, gerichtet auf Hervorbringung eines Rechtserfolgs, der deshalb eintritt, weil er gewollt ist.[12])

b. Begriff und Arten der Verträge.

§ 8.

Begriff des Vertrages.

I. Verträge sind die inhaltlich übereinstimmenden, auf Gestaltung der gegenseitigen Rechtsbeziehungen gerichteten Privatwillenserklärungen zweier oder mehrerer Personen. Sie bilden eine Unterart der Rechtsgeschäfte.

II. Bis auf Savigny war man allgemein der Ansicht, die Verträge seien eine ausschliessliche Erscheinung des Obligationenrechts.[1]) Ihr Wesen, meinte man, bestehe darin, dass der eine Teil ein Versprechen gebe, der andere es annehme und hierdurch eine Verbindlichkeit des ersteren zur Erfüllung begründet werde. So definiert das ALR. I, 5 § 1 den Vertrag als die „wechselseitige Einwilligung zur Erwerbung oder Veräusserung eines Rechtes", der code civil art. 1101 als „une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose".[2]) Und es unter-

halb die Fähigkeit besitzen, irgend eine gewollte Rechtsfolge zu erzeugen, weil das Gesetz diese Fähigkeit anerkennt, dass es also schliesslich immer das Gesetz ist, welches erst die Vermittlung zwischen Wille und Wirkung herstellt, kann nicht bezweifelt werden. Darum wird man aber die Rechtsordnung, will man nicht in Haarspalterei verfallen, ebensowenig als Ursache bezeichnen, wie man bei einer willkürlichen Handbewegung davon spricht, dass das Naturgesetz ihre Ursache sei. Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft S. 279.

[12]) Mot. I S. 126.

[1]) Vgl. Savigny, System des heutigen römischen Rechts III §§ 140, 141.

[2]) Vgl. auch § 782 sächs. BGB.: „Durch Vertrag entstehen Forderungen, wenn der übereinstimmende und gegenseitig erklärte Wille Mehrerer auf Begründung einer Forderung gerichtet ist."

liegt kaum einem Zweifel, dass auch die Römer, wenn sie von Verträgen sprechen, nur obligatorische Verträge im Auge haben. Das zeigt deutlich l. 1 D. de pactis II, 14, wo Ulpian zunächst eine allgemeine Begriffsbestimmung zu geben versucht, dann aber von den Ausdrücken pactum, pactio, conventio unversehens zu den einzelnen Arten der obligatorischen Verträge übergeht.[3])

III. Erst Savigny hat darauf hingewiesen, dass die Beschränkung der Verträge auf das Gebiet des Obligationenrechts auf einer Verwechselung des Hauptanwendungsfalls mit dem Gattungsbegriff beruhe. Er hält die Verträge ganz allgemein für ein Entstehungsmittel von Rechtsverhältnissen, mögen sie obligatorischer, dinglicher, familienrechtlicher oder erbrechtlicher Natur sein. Das Wesen soll immer nur in der Willensübereinstimmung beider Teile über eine Veränderung ihrer Rechtsverhältnisse bestehen.

IV. Die neuere Wissenschaft hat sich mit wenigen Ausnahmen[4]) der Savigny'schen Lehre angeschlossen. Auch das Bürgerliche Gesetzbuch ist ihr gefolgt, wenn es auch für den dinglichen Vertrag den Ausdruck „Einigung" verwendet, und hat dem dadurch Rechnung getragen, dass es die für Verträge geltenden Grundsätze seit dem 1. Entwurf im Allgemeinen Teil behandelt.[5])

---

[3]) Auch der Gegensatz zwischen contractus und pacta bezieht sich nur auf obligatorische Verträge.

[4]) Vgl. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten I § 350 Anm. 1: „Das Wesen eines jeden Vertrags — sei es pactio oder stipulatio — besteht in einem Versprechen, und die Klage, die aus einem solchen Vertrage hervorgeht, kann schlechterdings nur darauf gerichtet sein, dass der andere Paciscent oder sein Universalsuccessor dieses Versprechen erfülle, also etwas thue"; Pfizer, Die Postanweisung, in Iherings Jahrbüchern Bd. 31 S. 337 ff., welcher die Ausdehnung des Vertragsbegriffs als einen „Sprachmissbrauch" bezeichnet; Jacobi, Versprechen und Vertrag, in Iherings Jahrbüchern Bd. 35 S. 12 Anm. 11, 29 ff., 34 ff., derselbe, Eherecht S. 25.

[5]) In dem ursprünglichen, von Einzelredaktoren ausgearbeiteten Vorentwurf standen dieselben noch im allgemeinen Teil des Obligationenrechts.

§ 9.

Die obligatorischen und familienrechtlichen Verträge insbesondere.

I. Die Verallgemeinerung des Vertragsbegriffs im Sinne Savignys darf uns über die tiefgreifenden Unterschiede der einzelnen Vertragsarten nicht hinwegtäuschen. Gerade diese Unterschiede sind es, welche teilweise Bedenken gegen das Savigny'sche Dogma erregten und neuerdings Jacobi veranlassten, wieder eine Einschränkung des juristischen Sprachgebrauchs zu verlangen.[1] Besonders scharf tritt hier der Gegensatz zwischen den obligatorischen und familienrechtlichen Verträgen hervor.[2]

II. Auf dem Gebiete des Obligationenrechts herrscht das Prinzip der Vertragsfreiheit.[3] Der Parteiwille vermag den Stoff der Obligation beliebig zu gestalten, um sie seinen Zwecken dienstbar zu machen: er bestimmt in autonomer Weise nicht nur das Rechtsverhältnis, sondern auch seinen Inhalt. Zwar stellt die Rechtsordnung für den wirtschaftlichen Güteraustausch eine begrenzte Anzahl bestimmt geregelter Institute auf; aber sie verhindert es nicht, dass sich das Verkehrsleben in mannigfachen juristischen Spielarten bewegt und die Parteien nach ihren jeweiligen Bedürfnissen und geschäftlichen Intentionen die Normen des Gesetzes abändern. Sie ordnet sich grundsätzlich den vernünftigen Parteizwecken unter und bietet zu deren Verwirklichung ihre Zwangsmittel dar. Der Staat hat auch im allgemeinen kein Interesse, die wirtschaftliche Freiheit zu beschränken, da die Obligationen ihrer Natur nach den Menschen nur in einer einzelnen Beziehung ergreifen, indem sie ihn zu einem Thun oder Unterlassen verpflichten. Erst, wo die ökonomische Selbständigkeit und die Gesundheit des Individuums oder die öffentliche Ordnung gefährdet wird, setzt das Recht der Privatwillkür Schranken.

[1] Jacobi a. a. O. Es kann dahingestellt bleiben, ob seine Forderung terminologisch berechtigt ist. Wir müssen jedenfalls nach dem BGB. mit dem Savigny'schen Vertragsbegriff als mit einer gegebenen Grösse rechnen.

[2] Vgl. Savigny, System I S. 343 ff.

[3] Vgl. Mot. II S. 2.

III. Ganz anders die Institute des Familienrechts! Sie tragen von vornherein einen plastischen, lapidaren, unabänderlichen Charakter an sich. Die spezifisch familienrechtlichen Verträge haben nicht einzelne, frei bestimmbare, äussere Handlungen zum Gegenstande, mit deren Vornahme sich das Rechtsgebilde erschöpft; sie dienen vielmehr der Begründung eines Rechtsverhältnisses, welches den ganzen Menschen in seinem innersten Wesen erfasst.[4]) Daher ziehen sie auch ein für allemal bestimmte Rechtsfolgen nach sich. Die Rechte und Pflichten, welche den Inhalt des familienrechtlichen Verhältnisses bilden, basieren nicht auf dem Vertrage wie bei obligatorischen Kontrakten; sie ergeben sich kraft Sitte und Recht aus dem durch den Vertrag geschaffenen Familienstand.[5]) Ein Zusammenhang zwischen Wille und Wirkung besteht allerdings auch hier, insofern es von dem freien Willen der Paciscenten abhängt, in das Statusverhältnis einzutreten oder nicht; aber das Parteibelieben erstreckt sich, um die Exnersche Formel[6]) zu gebrauchen, nur auf das „Du sollst sein", nicht auf das „Du sollst bekommen", welches sich aus ersterem entwickeln soll. So können die Ehegatten nicht vertragsmässig vereinbaren, dass die Ehefrau nicht verpflichtet sein soll, das Domizil ihres Mannes zu teilen, weil eine solche Vereinbarung der inneren Natur und der Zweckbestimmung der Ehe widerstreiten würde. Die Regelung des familienrechtlichen Zustands ist grundsätzlich der Parteiwillkür entzogen; an ihn knüpft das Gesetz in Uebereinstimmung mit den sittlichen Anschauungen Rechtsfolgen, auf die man nicht verzichten kann.

Eine weitere Eigentümlichkeit der familienrechtlichen Verträge besteht darin, dass sie, soweit es sich um rein persönliche, nicht um vermögensrechtliche Pflichten handelt,

---

[4]) Vgl. Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts IV S. 2, v. Wyss in der Zeitschrift für schweizerisches Recht Bd 20 S. 88.

[5]) Vgl. Ehrlich, Zwing. u. nichtzwing. Recht S. 177 ff., v. Scheurl, Eherecht S. 34. Deshalb scheut man sich auch, das Rechtsverhältnis nach Analogie des Rechtsgeschäfts ebenfalls als Vertrag zu bezeichnen. Es ist kein Vertragsverhältnis, sondern nur ein vertragsmässig begründetes Verhältnis.

[6]) Exner, Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition S. 5.

niemals zu einem Rechtszwange führen. Auf den Vertrag als solchen könnte dieser nicht gestützt werden, weil die Erfüllung desselben, wenn man überhaupt von Erfüllung reden kann, mit seinem Abschlusse zusammenfällt; er ist ja nicht auf ein „Bekommensollen", sondern auf ein „Sein" gerichtet. Andererseits kann es aber nicht Aufgabe des Staates sein, ebenso wie etwa bei Störung des Besitzstandes auch bei Störung des Familienstandes d. h. bei Verletzung der aus ihm hervorgehenden Rechte aus eigener Initiative eine zwangsweise Geltendmachung zu ermöglichen. Die familienrechtlichen Beziehungen sind in erster Linie sittlicher Natur, bedingt durch den Geist wahrer Liebe und Hingebung, der sich nicht erzwingen lässt. Nur eine mittelbare Thätigkeit kann hier die Rechtsordnung entfalten, indem sie nach Lösung des Familienbandes dem schuldigen Teile gewisse Verpflichtungen auferlegt, und dadurch zum Ausdruck bringen, dass nicht nur eine sittliche, sondern auch eine rechtliche Gebundenheit bestand.[7])

II. Theorieen der Thatsächlichkeit.

§ 10.

Einleitung.

I. Nach den allgemeinen Ausführungen des vorigen Abschnitts kann es nicht mehr zweifelhaft sein, was die Anhänger der Thatsächlichkeitstheorieen damit andeuten wollen, wenn sie dem Verlöbnisse des Bürgerlichen Gesetzbuchs den rechtsgeschäftlichen Charakter absprechen. Sie sehen eben in dem Verlöbnisse nicht Privatwillenserklärungen, die deshalb einen Rechtseffekt hervorbringen, weil er von den Erklärenden gewollt ist; sie leugnen vielmehr jede Beziehung zwischen Wille und Wirkung und führen den Eintritt etwaiger Rechtsfolgen des Verlöbnisses auf das Gesetz allein zurück. So sagt denn auch Bunsen[1]) mit klaren

[7]) Auch bei der Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens versagt jeder Vollstreckungszwang (§ 888 Abs. 2 CPO.). Ausserdem bildet sie praktisch in der Regel nur eine Basis für die Scheidungsklage.

[1]) Einführung III S. 9.

Worten: „Das Verlöbnis ist kein Rechtsgeschäft, weil es als solches nicht geeignet ist, civilrechtliche Wirkungen, welche dem Inhalte des Versprechens entsprechen, zu erzeugen.“ Zur Begründung dieses Standpunktes wird die Thatsache angeführt, dass das Bürgerliche Gesetzbuch sowohl die Erfüllungsklage wie die Klage auf das Erfüllungsinteresse ausschliesst.

II. Ist das Verlöbnis kein Rechtsgeschäft, sondern eine Thatsache, so ist es zweifellos eine juristische Thatsache; das Gesetz hat ja ausdrücklich den Verlöbnisbruch mit Rechtsfolgen ausgestattet. Es könnte sich nur fragen, ob mit dem Eheversprechen schon ein juristischer Thatbestand abschliesst oder erst mit dem Verlöbnisbruch. Mit anderen Worten: Knüpft bereits das Eheversprechen ein rechtliches Band unter den Verlobten oder stehen diese den Eltern und denjenigen Personen, die an Stelle der Eltern gehandelt haben, gleich, sodass erst der Rücktritt bezw. die schuldhafte Veranlassung zum Rücktritt ein Rechtsverhältnis zwischen ihnen begründet? Man muss diese Frage vom Standpunkte der Thatsächlichkeitstheorie im letzteren Sinne beantworten. Wenn man davon absehen würde, dass es sich beim Verlöbnisse um übereinstimmende Willenserklärungen handelt, die den Zweck einer gegenseitigen Bindung verfolgen, so wäre allerdings die Annahme nicht schlechthin von der Hand zu weisen, dass der Brautstand ein auf Grund einer Thatsache entstandenes Rechtsverhältnis ist, welches durch den Verlöbnisbruch gelöst wird, um einem neuen Rechtsverhältnisse Platz zu machen.[2]) Man muss aber das Verlöbnis eben als das betrachten, was es ist, nicht als einen blossen „Natureffekt“. Wenn es überhaupt ein Rechtsverhältnis unter den Verlobten zur Folge hat, so kann dieses naturgemäss nur als ein Ausfluss der Parteierklärungen aufgefasst werden, weil es die rechtliche Verwirklichung der beabsichtigten Bindung darstellen würde. Es ist daher berechtigt, dass Stutz von vornherein davon ausgeht, es folge aus der Lehre der Thatsächlichkeit, dass

[2]) Wenn man genau sein will, muss man sagen, dass im Fall des § 1299 das Verlobtenverhältnis noch bis zum Rücktritt fortdauert, während mit dem den Rücktritt veranlassenden Verschulden des anderen Teils bereits ein neues Verhältnis beginnt.

sowohl die Verlobung als auch der Brautstand etwas Thatsächliches sein müsse.[3]) Damit steht nicht im Widerspruche, dass das Verlobtenverhältnis im Gegensatze zur Liebschaft vielfach vom Recht besonders berücksichtigt wird. Auch andere thatsächliche Verhältnisse, wie das Verhältnis zwischen Lehrer und Schüler, zwischen Arzt und Patient in öffentlichen Anstalten, zwischen Aufseher und Gefangenen können rechtliche Bedeutung erlangen, ohne dadurch zu Rechtsverhältnissen gestempelt zu werden.

III. Die Gründe, welche die Vertreter von der thatsächlichen Natur des Verlöbnisses für die in den §§ 1298 ff. statuierten Rücktrittsfolgen, wenn auch nicht immer mit ausdrücklichen Worten, angeben, sind verschiedener Art. Man kann hiernach folgende, im einzelnen näher zu besprechende Theorieen unterscheiden:

1. Billigkeitstheorie.
2. Theorie des Garantieversprechens.
3. Theorie der culpa in contrahendo.
4. Deliktstheorie.

§ 11.

Billigkeitstheorie.

I. Die einfachste und bequemste Erklärung dafür, dass das Bürgerliche Gesetzbuch an den ungerechtfertigten Rücktritt vom Verlöbnisse und an die schuldhafte Veranlassung zum Rücktritt eine gewisse Schadensersatzpflicht geknüpft hat, ist die, dass die dahin lautenden Bestimmungen als positive Billigkeitsnormen anzusehen sind.[1]) Dieselbe Ansicht vertreten die Motive, wenn sie u. a. davon sprechen, dass Rücksichten der Billigkeit es geboten erscheinen lassen, dem verletzten Teile, auch wenn im einzelnen Falle kein Delikt vorliegt, einen Ersatzanspruch zu gewähren.[2])

[3]) Stutz, Rechtsnatur des Verlöbnisses S. 21; auch Dittenberger, Verlöbnisrecht S. 24. Alle Thatsächlichkeitstheorieen laufen bei konsequenter Durchführung auch darauf hinaus, dass das Verlobtenverhältnis kein Rechtsverhältnis ist.

[1]) Zu den Vertretern dieses Standpunkts rechne ich alle diejenigen Autoren, welche einfach die Vorschriften des BGB. ohne oder unter Hinweis auf die Motive registrieren.

[2]) Mot. IV S. 3, Prot. I S. 5835.

II. Diese Theorie, wenn sie sich überhaupt eine Theorie nennen darf, erklärt nicht, sondern weicht einer Erklärung aus. Auf Billigkeit beruhen idealerweise alle gesetzlichen Vorschriften. Das Recht wird von Celsus in l. 1 pr. D. de just. et iure I, 1 als „ars boni et aequi“ definiert; es ist nicht etwas willkürlich Geschaffenes, sondern ein Produkt, welches den jeweiligen Lebensverhältnissen angemessen ist. Das überhebt uns aber nicht der Mühe, den inneren Zusammenhang der Rechtssätze zu erforschen und sie auf ein höheres Prinzip zurückzuführen. Es giebt allerdings Bestimmungen, die sich nicht im Wege juristischer Logik aus dem Rechtssystem herleiten lassen und als positive Festsetzungen betrachtet werden müssen, wie z. B. die Verjährungsfristen, die Gewährfristen bei Tiermängeln; von solchen Ausnahmen abgesehen wird man aber erst dann auf eine Konstruktion verzichten, wenn alle Wege hierfür verschlossen sind. Mit Recht sagt Stutz:[3]) „So lange es eine Möglichkeit giebt, die Schadensersatzpflicht mit dem Wesen des Verlöbnisses zu verknüpfen, so lange dürfen wir zu einer solchen Verlegenheitsauskunft nicht greifen“.

§ 12.

Theorie des Garantieversprechens.

I. Eine wenigstens auf juristischer Basis ruhende Begründung der Rechtsfolgen des Verlöbnisbruchs giebt eine zweite Theorie, welche hier nur deshalb Erwähnung finden soll, weil sie im Planck'schen Kommentar bei der Auffassung des Verlöbnisses als Thatsache als ein eventuell aufzustellender Gesichtspunkt genannt wird, die Theorie des Garantieversprechens.[1]) Nach ihr läge das rechtliche Wesen der Verlöbniserklärung gar nicht in dem Versprechen, künftig die Ehe einzugehen, sondern in dem Versprechen, dem anderen Teile den Schaden zu ersetzen, der ihm aus einem ungerechtfertigten Abbruch der gegenseitigen Beziehungen erwachsen wird.[2]) Es wird also allerdings ein Rechts-

[3]) a. a. O. S. 27 Anm. 4. Vgl. auch Dittenberger a. a. O. S. 25.
[1]) Planck IV S. 8.
[2]) Vgl. Stutz a. a. O. S. 31.

verhältnis unter den Verlobten begründet, die Rechtsfolgen werden auch auf den Willen der Beteiligten zurückgeführt, sodass man versucht wäre, diese Theorie zu den Vertragstheorieen zu rechnen. Aber das Rechtsverhältnis ist nur ein Rechtsverhältnis unter Verlobten, nicht das Verlobtenverhältnis. Es verdankt nur einem Nebeninhalt der übereinstimmenden Willenserklärungen seine Entstehung, welcher juristisch den Hauptinhalt und den einzigen Inhalt bildet. Die Verlobten versichern sich gleichsam gegenseitig gegen den Eintritt eines Schadens. Dass dieser Schaden gerade durch den anderen Teil, den Versicherer, verursacht wird, kommt rechtlich nicht in Betracht. Es liegt daher, wie Stutz bemerkt, nach der Einteilung Stammler's[3]) materiell ein unselbständiger, formell juristisch aber ein selbständiger Garantievertrag vor.

II. Es bedarf wohl kaum einer längeren Beweisführung, um zu zeigen, dass die Theorie des Garantieversprechens durch und durch verkünstelt ist. Gerade das, was wir bei der Verlobung als das Wesentliche ansehen, die Beziehung zur künftigen Ehe und die hierdurch geschaffene Gebundenheit, bleibt bei ihr völlig unbeachtet; das Verlöbnis als solches erzeugt überhaupt keine rechtlichen Wirkungen. Dafür legt sie in das Eheversprechen einen Nebeninhalt hinein, an den die Verlobten regelmässig nicht im entferntesten gedacht haben. Sie stellt eine Fiktion auf und verlässt damit den Boden der Wirklichkeit. Zu welchen unhaltbaren Konsequenzen man bei dieser Theorie gezwungen ist, ergiebt sich am klarsten, wenn man die Ersatzansprüche der Eltern und derjenigen Personen, die an Stelle der Eltern gehandelt haben, ins Auge fasst. Die ersteren wären nur aus einem Vertrage zu Gunsten Dritter, die letzteren oft gar nur aus einem Vertrage zu Gunsten einer incerta persona zu konstruieren, da diese Personen dem ersatzpflichtigen Verlobten bei der Eingehung des Verlöbnisses, vielleicht noch beim Rücktritt unbekannt gewesen sein können. Im übrigen spricht gegen die Existenzberechtigung der Theorie des Garantieversprechens schon

[3]) Der Garantievertrag (Arch. f. civ. Pr. Bd. 19) S. 3 ff.

die einfache Thatsache, dass das Gesetz die Vereinbarung einer Konventionalstrafe für unwirksam erklärt. Sollen sich überhaupt die Parteien durch ein Garantieversprechen gegen die Folgen des Verlöbnisbruchs sichern können, so wäre es unverständlich, warum nicht im voraus die Haftsumme bestimmt werden könnte.[4])

§ 13.

Theorie der culpa in contrahendo.

I. Nach Jacobi[1]) sollen die Ersatzansprüche beim Verlöbnisbruch auf dem Grundsatze beruhen, „dass, wer andere zu kostspieligen Massnahmen veranlasst, die Folgen zu tragen hat, falls der Zweck durch sein Verschulden vereitelt wird". Er sieht in den §§ 1298, 1299 nur einen Anwendungsfall der culpa in contrahendo. Wir wissen aus der Vorgeschichte zum Bürgerlichen Gesetzbuch, dass dieser Gesichtspunkt nicht neu ist; er wurde schon in der 2. Kommission zur Sprache gebracht, um die Rücktrittsfolgen bei Nichtannahme einer rechtsgeschäftlichen Verpflichtung zu erklären.

II. Was bedeutet zunächst culpa in contrahendo? Man will damit offenbar einen Gegensatz ausdrücken zu derjenigen culpa, die ein Kontrahent nach Abschluss des Vertrages begeht, für die er also mit der Vertragsklage haftbar gemacht werden kann. Schon im Stadium der Vertragsunterhandlungen sollen die Parteien ein gewisses Mass von Aufmerksamkeit beobachten, um den anderen Teil nicht zu schädigen. Es müssen aber natürlich besondere Umstände vorliegen, aus denen auf eine culpa geschlossen werden kann. Es muss z. B. der eine durch unvorsichtige Aeusserungen in dem andern den Glauben erweckt haben, dass bereits ein definitiver Vertrag zu stande gekommen ist, oder er muss von vornherein die Nichtigkeit des Vertrages gekannt haben oder haben kennen müssen, während dem anderen

---

[4]) Stutz a. a. O.

[1]) Eherecht S. 19. Ebenso Engelmann, Das alte und das neue bürgerliche Recht Deutschlands S. 635. Vgl auch die Ausführungen bei Bulling, Die deutsche Frau und das bürgerliche Gesetzbuch S. 75 ff.

eine solche Kenntnis nicht zugemutet werden kann. Liegen aber derartige Umstände, was die Regel ist, nicht vor, so wird man den Kontrahenten keinen Vorwurf daraus machen, dass sie die Vertragsunterhandlungen abbrechen.[2]) Wenn ich einen Versicherungsagenten, der mir die Dienste seiner Gesellschaft anbietet, bitte, mir die gedruckten Versicherungsbedingungen zur Einsicht zu überlassen und am nächsten Tage wiederzukommen, so kann von einer Haftung wegen culpa in contrahendo nicht die Rede sein, wenn ich am nächsten Tage sein Anerbieten ohne weiteres ablehne. Ich brauche ihm über die Gründe meiner Ablehnung keine Rechenschaft zu geben, da er mit dieser Möglichkeit rechnen musste, solange es nicht zum Vertragsschluss gekommen war.

III. Stellt sich nun, wie man behauptet, der Verlöbnisbruch als eine culpa in contrahendo dar, so ist man zu dem Schlusse genötigt, dass der Verlobungsakt lediglich der Beginn von Vertragsunterhandlungen ist, welche erst mit der Eingehung der Ehe als dem contrahere ihren Abschluss finden. Man sieht, dass diese Theorie den Stempel des Probezeitdogmas an der Stirn trägt. Aber sie schlägt sich mit ihren eigenen Waffen. Ist das Verlobtenverhältnis wirklich nichts weiter als ein Stadium von Vertragsunterhandlungen, ist es wirklich nur dazu bestimmt, erst den Entschluss, in die Ehe zu treten, in den Parteien reifen zu lassen, so müsste der Rücktritt vom Verlöbnisse den Verlobten unbedingt ohne vermögensrechtliche Nachteile freistehen.[3]) Ausnahmefälle, in denen eine culpa in contrahendo angenommen werden könnte, wie die oben angedeuteten kommen hier überhaupt nicht in Frage, vor allem, weil wegen der besonderen Form der Eheschliessung ein Irrtum über das Zustandekommen des Vertrages ausgeschlossen

[2]) Vgl. Dernburg, Pandekten II S. 28 Anm. 11, Regelsberger, Pandekten S. 549, Endemann, Einführung I S. 291, A. M. Windscheid, Pandekten II § 307 Anm. 5. Ueberhaupt gegen die Annahme einer culpa in contrahendo erklären sich u. a. Savigny, System III S. 264 Anm. d: „Ohne Vertrag keine Verbindlichkeit“ und Wächter, Pandekten I S. 374: „Von einem Haften für blosse culpa, für eine sog. culpa in contrahendo, kann hier nicht die Rede sein, da bei einem nicht zu stande gekommenen Vertrage eine Pflicht zur diligentia nicht entstehen konnte.“

[3]) Vgl. Stutz a. a. O. S. 29, Dittenberger a. a. O. S. 26.

erscheint. Nach Jacobi's eigenen Ausführungen könnte jeder Verlobte, wie Dittenberger nicht mit Unrecht hervorhebt, sagen: „Ich trete zurück, weil ich während der als Probezeit aufzufassenden Dauer der Verlobung nicht die Ueberzeugung der Möglichkeit einer dauernden ehelichen Lebensgemeinschaft zwischen uns erlangt habe.“ [4]) Diese Begründung müsste in jedem Falle für ausreichend erachtet werden, wenn sich hinter ihr auch die niedrigsten Motive verbergen. Auch derjenige, welcher den anderen Teil zum Rücktritt veranlasst, brauchte diesem nur entgegenzuhalten: „Ich war durch die Anknüpfung von Vertragsunterhandlungen noch nicht verpflichtet, mir irgend welchen Zwang aufzuerlegen. Du kannst ja zurücktreten, wenn die Vornahme der Prüfung Deine Erwartungen nicht erfüllt hat.“ Auf diesem Standpunkte steht aber das Bürgerliche Gesetzbuch nicht. Es stellt es nicht dem zurücktretenden Verlobten anheim, sich mit seinem Gewissen abzufinden, sondern trägt die Gründe vor das Forum des Richters. Es spricht von wichtigen Rücktrittsgründen und einem den Rücktritt des anderen veranlassenden Verschulden und macht hiervon den Nichteintritt bezw. den Eintritt einer Schadensersatzpflicht abhängig. Das setzt aber mit Notwendigkeit voraus, dass es in dem Verlöbnisse mehr sieht als blosse Vertragsunterhandlungen, dass es vielmehr dasselbe als ein rechtlich geschütztes Treuverhältnis auffasst. Demnach ist die Erklärung der Folgen des Verlöbnisbruchs aus einer culpa in contrahendo, von welcher Seite man die Frage auch behandeln mag, abzulehnen. [5])

[4]) Jacobi a. a. O. S. 19, Dittenberger a. a. O. S. 29.

[5]) Es ist von seinem Standpunkte völlig konsequent, wenn es bei Kohler Ideale im Recht (Arch. f. bürg. Recht Bd. 5) S. 227 heisst: „Sagt man: Wer einen wichtigen Grund hat, könne die Verlobung ex iusta causa aufheben, so nimmt man gerade das weg, was die Garantie der persönlichen Freiheit ist; man unterwirft denjenigen, welcher von imponderablen, Dritten unfassbaren Neigungen und Gefühlen getragen ist, der Beurteilung dritter Personen, man beschränkt die persönliche Freiheit auf objektive eklatante Fälle und übersieht, dass der Mensch ein kompliziertes, von unendlich vielen eigenartigen psychischen Faktoren regiertes Wesen ist.“ Wie aber Jacobi a. a. O. S. 19 Anm. 16a bei seiner Auffassung davon sprechen kann, dass das Verlöbnis als familienrechtliches Verhältnis eine Treueverpflichtung erzeugt, ist nicht recht begreiflich.

IV. Man könnte nun vielleicht einwenden, dass das Bürgerliche Gesetzbuch auch eine Haftung auf das negative Interesse kennt, ohne dass ein Verschulden erforderlich ist, und sich etwa auf § 122 berufen. Man spricht in diesen Fällen am besten von einem „Prinzip des Handelns auf eigene Gefahr", wie es Unger bezeichnet hat.[6]) Man könnte also sagen: Wer sich in Vertragsunterhandlungen einlässt und sie später abbricht, handelt zwar nicht kulpos, das Gesetz schreibt aber aus Rücksichten der Verkehrsbilligkeit vor, dass er dem anderen Teile, der in der Erwartung, der Vertrag werde zu stande kommen, Aufwendungen gemacht hat, den dadurch entstandenen Schaden zu ersetzen hat. Dieser Auffassung steht aber wiederum das Bedenken entgegen, dass eben der Gesetzgeber zwischen begründetem und unbegründetem Rücktritt unterscheidet, also das objektive Prinzip des Handelns auf eigene Gefahr ausdrücklich verwirft. Hiervon hätte man sprechen können, wenn die §§ 1298 Abs. 3 und 1299 gestrichen worden wären, wie es Bulling in konsequenter Durchführung seines Standpunkts auch thatsächlich verlangte, wenn somit die Ersatzfolgen in jedem Falle eintreten würden.[7]) Dann würde der zurücktretende Verlobte nur deshalb haftbar sein, weil die Haftpflicht durch das Gesetz unmittelbar mit seiner Erklärung verbunden wird. Es müsste z. B. derjenige, welcher durch einen Irrtum zum Bruch des Verlöbnisses veranlasst wird, mag er auch noch so entschuldbar sein, also zweifellos einen wichtigen Rücktrittsgrund im Sinne des § 1298 Abs. 3 bilden, trotzdem dem anderen Verlobten, wenn dieser den Irrtum nicht

[6]) Unger, Legislative Behandlung des wesentlichen Irrtums bei obligatorischen Verträgen (Grünhut's Zeitschrift Bd. 15) S. 673 ff.

[7]) Bulling, Deutsche Frau S. 69. Dass diese Regelung befriedigend wäre, muss allerdings bezweifelt werden. Die scheinbar horrible Konsequenz, dass dann der durch das schuldhafte Verhalten des anderen zum Rücktritt bestimmte Verlobte noch obendrein zum Ersatze des negativen Interesses verpflichtet wäre, bloss weil er äusserlich der Zurücktretende ist, würde sich zwar dadurch erledigen, dass analog § 122 Abs. 2 nur der redliche Gegenkontrahent geschützt ist. Aber es würde immerhin an einer Vorschrift fehlen, welche dem schuldigen Teil die Ersatzpflicht auferlegt, da diese nur an die Thatsache des Rücktritts geknüpft ist. Schon hieran sieht man, dass ohne Hineinziehung des Moments der Verlöbnistreue eine Lösung des Problems thatsächlich unmöglich ist.

erkennen konnte, zum Ersatze verpflichtet sein, gerade wie auch § 122 in solchem Falle einen Schadensanspruch gewährt. Oder wenn z. B. ein Verlobter durch Gewissensskrupel von der Eingehung der Ehe zurückgehalten wird, würde an sich d. h., wenn man nur die Thatsache berücksichtigt, dass er eine Erklärung abgegeben hat, auf die sich der andere verliess, kein Grund vorliegen, dem anderen Nupturienten den Anspruch auf Ersatz des positiven Schadens zu versagen; wir würden es nach dem Prinzip des Handelns auf eigene Gefahr für unbillig halten, dass der Erklärende auf Kosten des Erklärungsempfängers den Frieden seiner Seele erkauft. Wenn wir uns aber vor Augen stellen, dass diese Erklärung eine Verlöbniserklärung ist, werden wir zu der Ansicht gelangen, dass das Wesen des Verlöbnisses, das persönliche Verhältnis der Verlobten zu einander den Ersatzanspruch in diesem Falle ausschliessen muss. Das wollte aber offenbar auch der Gesetzgeber, wenn er die Unterscheidung zwischen wichtigen und nichtwichtigen Gründen in die gesetzliche Behandlung hineinzog. Wir können hiernach die Ersatzpflicht nicht von dem Verlöbnisse als solchem trennen.

§ 14.

Deliktstheorie.

I. Etwas länger werden wir uns bei der Deliktstheorie aufhalten müssen, welche in der bisherigen Litteratur meist ziemlich kurz abgehandelt wird. Die Deliktstheorie sieht in dem ungerechtfertigten Rücktritt bezw. in der schuldhaften Veranlassung zum Rücktritt vom Verlöbnisse eine unerlaubte Handlung, die nach Massgabe der §§ 1298 ff. zum Schadensersatze verpflichtet. Bei der Erörterung dieser Frage werden natürlich diejenigen Fälle auszuscheiden sein, bei denen von vornherein ein deliktisches Moment in das Verlöbnis hineinspielt, wo das Verlöbnis also nur das Mittel zu einem unerlaubten Zwecke bildet.[1]) Hier liegt zweifellos eine unerlaubte Handlung vor, welche sich nicht erst mit dem Rücktritt, sondern schon mit der schädigenden Manipulation

[1]) Vgl. Mot. IV S. 5.

des Betroffenen oder des Thäters selber vollendet. Auch die Fälle können nicht in Betracht kommen, wo ein Verlobter während des Brautstandes den Entschluss fasst, vom Verlöbnisse zurückzutreten, und trotzdem den anderen Teil noch zu zwecklosen Ausgaben veranlasst. Hier würden ebenfalls die allgemeinen Vorschriften über unerlaubte Handlungen, vielleicht § 826 BGB., anzuwenden sein; nicht der Rücktritt, sondern die Verursachung einer Verschlechterung der Vermögenslage trotz Rücktrittsabsicht wäre der die Ersatzpflicht hervorrufende Umstand. Es handelt sich vielmehr allein um die Frage, ob unter normalen Verhältnissen derjenige, der ohne wichtigen Grund das Verlöbnis bricht oder hierzu durch sein Verhalten dem anderen Anlass giebt, sich einer unerlaubten Handlung im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs schuldig macht.

II. Nach römischem Recht erhielt der, welcher im Vertrauen auf ein ihm erteiltes, aber keinen klagbaren Anspruch gewährendes Versprechen Aufwendungen gemacht hatte, bei Zurücknahme der Zusage eine actio doli wegen des ihm hieraus entstandenen Schadens.[2]) So giebt l. 34 D. de dolo malo 4, 3 folgendes Beispiel:

> Si, cum mihi permisisses saxum ex fundo tuo eicere vel cretam vel harenam fodere, et sumptum in hanc rem fecerim, et non patiaris me tollere: nulla alia quam de dolo malo actio locum habebit.

Aehnlich auch l. 16 § 1 D. de praescr. verbis 19, 5. In diesen Fällen werden zwar die Aufwendungen nicht erst durch die Zurückziehung des Versprechens veranlasst, aber diese ist doch die Ursache dafür, dass sich die gemachten Auslagen als mehr oder minder wertlos erweisen. Dass nur die subsidiäre actio doli gegeben ist, zeigt uns, dass ein Kontraktsverhältnis zwischen dem Grundeigentümer und dem Dritten nicht bestand. Es gilt jedoch als eine Arglist, wenn jemand, auf die Unverbindlichkeit seiner Zusage pochend, dem Spiel seiner Laune zum Schaden des anderen nachgiebt.[3]) So hat denn die französische Praxis zuweilen auch

---

[2]) Vgl. auch Entsch. des RG. in Civils. Bd. 8 S. 179.

[3]) Es ist selbstverständlich, dass diese Beispiele auch für die Theorie der culpa in contrahendo verwendet werden können und auch

beim Verlöbnisbruch auf Grund des art. 1382 code civil eine ausserkontraktliche Ersatzpflicht angenommen. Es heisst in einem bei Dalloz [4]) angeführten Erkenntnis vom 30. Mai 1838:

> L'inexécution d'une promesse de mariage peut, en certaines circonstances, donner lieu à des dommages-intérêts, lorsqu'elle a causé à l'une des parties un préjudice réel; mais que, dans ce cas l'action ne nait pas de la validité de la promesse, mais de l'obligation imposée à celui qui a fait le mal de le réparer.

III. Die vorstehenden Entscheidungen haben gerade den Punkt, welcher bei der Lösung unserer Aufgabe bisher noch offen gelassen ist, zur Voraussetzung; sie gehen davon aus, dass in den betreffenden Fällen kein Vertrag im Rechtssinne, sondern nur ein unverbindliches Versprechen vorliegt. Dabei ist wohl zu beachten, dass der code civil das Verlöbnis überhaupt nicht als rechtlich bedeutsame Erscheinung geregelt hat. Wollte man das Eheversprechen also nicht nach dem Muster des gemeinen Rechts als einen klagbaren, obligatorischen Vertrag behandeln, was mit Rücksicht auf die Fassung der art. 1101 und 1142 mit Recht für bedenklich erachtet wird,[5]) so griff man gern zu dem Mittel, den Rücktritt als eine nach art. 1382 zum Schadensersatze verpflichtende unerlaubte Handlung zu qualifizieren. Im übrigen ist es mindestens fraglich, ob damit ein allgemeiner Grundsatz aufgestellt werden sollte, zumal die Ersatzpflicht auch nur „en certaines circonstances" eintreten soll, womit ebenso gut das Nichtvorhandensein wichtiger Gründe wie das Vorhandensein noch anderer Momente gemeint sein kann, die den Rücktritt als illoyal erscheinen lassen. Dem Bürgerlichen Gesetzbuch stehen wir mit Bezug auf die Konstruktion des Verlöbnisses von vornherein nicht mit derselben Verlegenheit gegenüber. Es hat das Verlöbnis als besonderes Rechtsinstitut in sein System aufgenommen und kennt nicht

---

verwendet worden sind. Vgl. Ihering, Culpa in contrahendo, in seinen Jahrbüchern Bd. 4 S. 1 ff.

[4]) Jurisprudence générale unter „Mariage" No. 82.

[5]) Anders das Erkenntnis bei Dalloz a. a. O. No. 83: La promesse de mariage est un contrat synallagmatique obligatoire, qui contient l'engagement de faire, et dont l'inexécution, sans motif légitime, donne lieu à des dommages-intérêts. (Trèves 5. févr. 1808.)

nur obligatorische, sondern auch familienrechtliche Verträge. Wir treten daher nicht mit dem Gedanken an die Deliktstheorie heran, dass sie ein Notbehelf ist, sondern suchen uns nur darüber klar zu werden, ob sie überhaupt möglich ist, ob sie also eine der zulässigen Konstruktionen bildet, die wir noch auf ihre Berechtigung zu prüfen haben. Denn man kann nicht ohne weiteres unterstellen, dass die Rücktrittsfolgen beim Verlöbnisse nur von einem Gesichtspunkte aus verstanden werden können.

IV. Gegen die Deliktstheorie werden von Stutz und Dittenberger zwei Argumente vorgebracht.[6]) Sie wird einmal deshalb für unhaltbar erklärt, weil sich der Gesetzgeber selber unzweideutig gegen die Annahme einer Deliktshaftung ausgesprochen hat. Aus diesem Grunde führt wohl auch Unzner im Planck'schen Kommentar unter den verschiedenen Auffassungen, die er an sich für möglich hält, die Deliktstheorie nicht an.[7]) Sodann soll diese Konstruktion einfach schon darum ausgeschlossen sein, weil das Gesetz den Verlobten den Rücktritt vom Verlöbnisse unbedingt freistelle. „Die Eheschliessung kann nicht erzwungen werden, d. h. wenn einer der Verlobten die Eingehung der Ehe verweigert, so verweigert er eine Handlung, deren Vornahme oder Unterlassung in seinem Belieben steht. Danach handelt der sich weigernde Verlobte keineswegs widerrechtlich, und eine Widerrechtlichkeit müsste doch festgestellt werden können, wenn man seine Ersatzpflicht u. s. w. als Folge einer unerlaubten Handlung betrachten wollte."[8])

V. Was den ersten Einwand anbetrifft, so ist es allerdings richtig, dass man bei der Beratung des 1. Entwurfs den Deliktsstandpunkt aufgab und gerade deshalb besondere Vorschriften über die Folgen des Verlöbnisbruchs aufstellte, weil man die allgemeinen Grundsätze über die Haftung aus unerlaubten Handlungen nicht für ausreichend hielt, zumal man zweifelhaft war, ob der Rücktritt ein Delikt sei, wenn die Unverbindlichkeit des Verlöbnisses proklamiert würde. Aber abgesehen davon, dass wir in den Materialien nicht die Sprache des

[6]) Stutz a. a. O. S. 28, Dittenberger a. a. O. S. 26.
[7]) Planck IV S. 8.
[8]) Dittenberger a. a. O.

Gesetzgebers zu erblicken haben und nicht gehindert sein würden, auf Grund einer besseren Erkenntnis die Ersatzpflicht beim Verlöbnisbruch gleichwohl als einen Spezialfall der allgemeinen Deliktsgrundsätze zu behandeln, und abgesehen davon, dass das Bedenken, den Rücktritt trotz Unverbindlichkeit des Verlöbnisses als Delikt zu charakterisieren, jedenfalls mit der Fassungsänderung im 2. Entwurf seine Basis verloren hat, ist doch darauf hinzuweisen, dass der Deliktsbegriff, welcher dem 1. Entwurf zu Grunde lag, ein anderer war als der des Bürgerlichen Gesetzbuchs.[9]) Während § 704 des 1. Entwurfs in Abs. 1 Handlungen gegen absolute Verbotsgesetze zu den Delikten rechnet und jedem auch nur mittelbar Geschädigten einen Ersatzanspruch gewährt, falls der Thäter den Schaden voraussah oder voraussehen musste, hat § 746 des 2. Entwurfs mit diesem Prinzip gebrochen und bestimmt, dass, wer gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstösst, diesem und nur diesem ohne Rücksicht auf die Vorhersehbarkeit des Schadens zum Ersatze verpflichtet ist. Es würde sich daher fragen, ob nach dieser Veränderung des Begriffs der unerlaubten Handlungen, die auch für das Bürgerliche Gesetzbuch entscheidend geworden ist, die Deliktstheorie ebenfalls noch als vom Gesetzgeber nicht gewollt unbedingt zu verwerfen ist.

Auch das zweite Argument, welches gegen die Deliktstheorie sprechen soll, kann ich nicht für stichhaltig erachten. Wenn sich die Protokolle der 1. Kommission und die Motive desselben bedient haben, so stehen sie eben auf dem Boden eines Entwurfs, welcher das Verlöbnis schlechtweg für unverbindlich erklärt. Nach der jetzigen Fassung des § 1297 zwingt uns nichts zu der Annahme, dass das Gesetz den Rücktritt ohne weiteres freistellt. Man muss sich fragen, was Dittenberger dazu berechtigt, aus der Thatsache, dass die Eheschliessung nicht erzwungen werden kann, den Schluss zu ziehen, dass die Eingehung der Ehe eine Handlung ist, deren Vornahme oder Unterlassung im Belieben der Verlobten steht. Will man nicht mit dem Ausdruck „Belieben“ ein blosses Spiel treiben und nicht vielmehr mit juristischen

[9]) Vgl. Hellmann in der Deutschen Juristenzeitung 1901 S. 220.

Begriffen operieren, so wird man diesen Gedankensprung kaum billigen können. Mit Recht macht Hellmann[10]) darauf aufmerksam, dass diejenigen, welche unter Hinweis auf die Rücktrittsfreiheit die Deliktstheorie bekämpfen, folgerichtig auch eine rechtsgeschäftliche Verpflichtung zur Eingehung der Ehe nicht anerkennen dürfen. Es wäre widersinnig, zu sagen: „Das Eheversprechen verpflichtet Dich nicht, Du begehst also durch den Rücktritt kein Delikt; aber das Eheversprechen verpflichtet Dich doch, Du machst Dich durch den Rücktritt der Verletzung einer Vertragsverpflichtung schuldig". Leugnet man in dem einen Falle eine Rechtspflicht, so muss man es auch in dem anderen. Man beschreibt hier einen circulus vitiosus, ohne den engen Zusammenhang zwischen der Delikts- und Vertragstheorie zu erkennen. Selbst Gierke und Hinschius sind sich bei ihrer Polemik gegen den 1. Entwurf hierüber nicht klar gewesen. Wenn Hinschius[11]) behauptet, der nichtdeliktische Anspruch setze die Verbindlichkeit des Verlöbnisses voraus, so gilt das offenbar auch für den deliktischen. Gerade Dittenberger verwickelt sich in dieser Beziehung in einen eigenartigen Widerspruch. Er stellt den Satz auf: „Die Berechtigung der Verlobten, von dem Verlöbnis einseitig zurückzutreten, kann man auch dann nicht leugnen, wenn man eine rechtliche Verpflichtung der Verlobten zur Erfüllung des gegebenen Eheversprechens aus dem Verlöbnis herleitet", und fährt zur Begründung fort: „Wollte man diese Berechtigung verneinen, so müsste man entgegen den positiven Vorschriften des Gesetzes dem die Erfüllung weigernden Verlobten die Pflicht zum Ersatze des Erfüllungsinteresses auferlegen. Die bestehende rechtliche Verpflichtung zur Eheschliessung soll aber eben in keiner Weise einem Drucke unterworfen werden, und deshalb hat das Gesetz festgesetzt die Klaglosigkeit des Verlöbnisses, die Unzulässigkeit der Vereinbarung einer Konventionalstrafe und den Ausschluss des Anspruchs auf das Erfüllungsinteresse."[12]) Ich ver-

[10]) a. a. O.

[11]) Das Personenrecht der Ehegatten im Entwurf (Arch. f. civil. Pr. Bd. 74) S. 57.

[12]) a. a. O. S. 123. Ebenso widerspruchsvoll sagt Dittenberger auf S. 146: „Wie oben erörtert, kann nicht bestritten werden, dass

mag in diesen Ausführungen keine juristischen Feinheiten zu entdecken, sondern erblicke in ihnen einen offenen Widerspruch, der durch die Schärfe der Gegenüberstellung besonders krass hervortritt. Man kann doch wohl nicht zwischen der positiven Pflicht zur Erfüllung des Eheversprechens und der negativen Pflicht des Verharrens beim Verlöbnisse unterscheiden wollen und die eine für gegeben ansehen, die andere nicht; der Rücktritt vom Verlöbnisse ist ja nur eine Art der Nichterfüllung.

Hiernach bin ich im Gegensatze zu Dittenberger und Stutz mit Hellmann der Ansicht, dass der Rücktritt nicht in das Belieben der Verlobten gestellt zu sein braucht, dass die Statuierung der Rücktrittsfreiheit eine Verneinung der Rechtspflicht aus dem Verlöbnisse bedeuten und damit von vornherein auch alle rechtsgeschäftlichen Theorieen zu Falle bringen würde. Ich möchte aber noch über Hellmann hinausgehen und behaupten, dass der Inhalt des § 1298 nicht nur ebenso gut dahin erklärt werden kann, dass der Rücktritt verboten ist, sondern dass zu Gunsten dieser Deutung die Fassung des Paragraphen ein wichtiges Moment darbietet. Der Gesetzgeber sagt nicht: „Du kannst zurücktreten, bist aber ersatzpflichtig, wenn kein wichtiger Grund vorliegt.“ Er sagt: „Trittst Du zurück, so bist Du grundsätzlich zum Schadensersatze verpflichtet; Du kannst Dich nur durch den Nachweis eines wichtigen Grundes von der Ersatzpflicht befreien.“ Man mag diese Beweislastverteilung auf praktische Erwägungen zurückführen. Das hindert uns jedoch nicht, die Frage aufzuwerfen, worauf diese Erwägungen beruhen. Sie gehen eben davon aus, dass der Rücktritt als solcher schon eine Thatsache ist, welche den anderen Teil des Rechtsschutzes würdig erscheinen lässt. Diese Schutzwürdigkeit braucht zwar nicht in einem subjektiven

---

es jedem Verlobten freisteht, vom Verlöbnis zurückzutreten; eine Verneinung der rechtlich verpflichtenden Wirkung des Verlöbnisses ist hierin nicht enthalten. Diese Rücktrittsberechtigung ergiebt sich vielmehr aus der unbedingten Verwerfung der Möglichkeit einer Erzwingung der Eheschliessung“. Vgl. auch S. 125 unten. Von der Dittenberger'schen Auffassung zu dem von ihm so eifrig bekämpften Probezeitdogma ist nur ein Schritt.

Rechte zu wurzeln, sie setzt aber mindestens auf der Seite des Zurücktretenden eine Rechtspflicht voraus.

Von dieser Basis aus d. h. in der Annahme, dass der Rücktritt nicht erlaubt, sondern widerrechtlich ist, wollen wir nunmehr prüfen, ob sich die Schadensersatzansprüche der §§ 1298 ff. unter die Deliktsbestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs subsumieren lassen. Dass die §§ 1298 ff. schon für sich allein anwendbar sind, spricht selbstverständlich nicht dagegen, den Rücktritt vom Verlöbnisse nur als einen speziellen Fall der unerlaubten Handlungen zu betrachten, da der Umfang der Haftung aus bestimmten Gründen besonders geregelt sein kann.

VI. Am nächsten liegt es, vor allem, wenn man die Beispiele aus dem römischen und französischen Recht ins Auge fasst, an eine Unterordnung unter § 826 zu denken. Hieran könnten prinzipiell auch diejenigen keinen Anstoss nehmen, welche ein Rücktrittsrecht der Verlobten anerkennen, mögen sie nun darunter eine kraft der allgemeinen Freiheit erlaubte Handlung oder gar ein subjektives Recht verstehen. Denn der § 826 betrifft gerade solche Fälle, in denen jemand seine natürliche Freiheit oder ein ihm zustehendes Recht in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise missbraucht. Was aber die Heranziehung des § 826 ausschliesst, ist, dass die Ersatzpflicht nur durch vorsätzlich schadenbringendes Handeln begründet wird, dass also das subjektive Moment gegenüber der Erweiterung des objektiven eine erhebliche Einschränkung erfahren hat. Der Vorsatz muss sich auch auf den schädigenden Erfolg beziehen d. h. der Thäter muss positiv vorausgesehen haben, nicht nur haben voraussehen können, dass aus seiner Handlung für den anderen ein Schaden erwachsen wird.[13]) Das ist aber zur Anwendung der §§ 1298 ff. zweifellos nicht erforderlich. Der Bräutigam braucht nicht gewusst zu haben, dass die Braut in Erwartung der Ehe diese oder jene vermögensrechtlichen Massnahmen getroffen, dass der Brautvater bereits das Hochzeitsmahl bestellt, dass ein hochherziger

[13]) Vgl. v. Liszt, Die Deliktsobligationen im System des Bürgerlichen Gesetzbuchs S. 43, Planck, Kommentar II S. 617, Oertmann, Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse S. 562.

Gönner der verwaisten Braut eine Ausstattung gewährt hat. Er wäre trotz Nichtkenntnis dieser Thatsachen den genannten Personen bei unbegründetem Rücktritt zum Schadensersatze verpflichtet. Demnach gehen die §§ 1298 ff. nicht in dem § 826 auf; sie können mithin auch nicht ein Spezialfall desselben sein.

Der § 823 Abs. 1 verlangt zwar eine widerrechtliche Handlungsweise; er geht aber, was die subjektive Seite anbelangt, in doppelter Beziehung über den § 826 hinaus. Einmal lässt er die Ersatzpflicht schon bei Fahrlässigkeit eintreten, sodann braucht sich das Verschulden nicht auf den Schaden, sondern nur auf die Verletzung eines subjektiven Rechtes oder der im einzelnen bezeichneten Rechtsgüter zu erstrecken d. h. der Thäter muss nur gewusst haben oder hätte bei Beobachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt gewusst, dass er in die durch § 823 Abs. 1 umgrenzte geschützte Rechtssphäre eines anderen durch sein Verhalten eingreift. Ob alle diese Voraussetzungen beim Rücktritt vom Verlöbnisse vorliegen, kann schon deshalb unerörtert bleiben, weil jedenfalls durch den Verlöbnisbruch kein subjektives Recht oder eines der speziell und zwar exclusiv[14]) angeführten Rechtsgüter verletzt wird. Es ist gleichgültig, ob man die Vermögenslage als ein subjektives Recht auffassen oder sich der von Planck und Oertmann vertretenen Meinung anschliessen will, wonach nur die zum Vermögen gehörigen Einzelrechte unter die geschützten Rechte des § 823 Abs. 1 fallen, nicht aber das Vermögen als Ganzes.[15]) Der Vorsatz des Thäters — und der Rücktritt wird regelmässig ein vorsätzlicher sein —, also die verletzende Handlung richtet sich beim Verlöbnisbruch garnicht gegen das Vermögen wie etwa bei Betrug oder Er-

[14]) Dies nehme ich mit Planck II S. 606, Oertmann a. a. O. S. 556, Cosack, Lehrbuch I S. 590, Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht I S. 762 gegenüber Linckelmann, Die Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich S. 18, v. Liszt a. a. O. S. 22 ff. und Endemann, Einführung I S. 909 an, welche die Worte „oder ein sonstiges Recht“ nicht nur auf „das Eigentum“, sondern auf alle vorhergehenden Worte beziehen und daher eine analoge Erstreckung auf andere Lebensgüter für zulässig halten.

[15]) Planck II S. 609, Oertmann a. a. O. S. 558.

pressung; sonst müsste man auch die Integrität des Gefühlslebens und, wenn die Braut dem Bräutigam die Beiwohnung gestattet hatte, die weibliche Geschlechtsehre d. h. das, was schliesslich durch den Rücktritt geschädigt wird, als den Gegenstand der Verletzung ansehen. Verletzt wird lediglich das Vertrauen derer, die auf die künftige Ehe rechneten. Man wird aber, zumal wenn man wie wir der Ansicht ist, dass der Kreis der Rechtsgüter, die das Gesetz aufzählt, ein festgeschlossener ist, ein geschütztes Recht oder Rechtsgut darauf, in seinen Erwartungen nicht getäuscht zu werden, keinesfalls aus § 823 Abs. 1 herleiten können.

Es kann somit nur noch § 823 Abs. 2 für unsere Frage in Betracht kommen. Dieser dehnt den durch die Mittel des Rechts gebotenen Schutz des Individuums über die subjektiven Rechte und Rechtsgüter hinaus auf sonstige schutzwürdige Lebensinteressen aus, soweit für dieselben besondere Schutzgesetze bestehen. In der That hat Hellmann neuerdings die Theorie aufgestellt, die §§ 1298 – 1300 seien Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2.[16]) Sie wären nach seiner Auffassung als „leges perfectae" nach dem Ausdruck Schönfeld's zu bezeichnen d. h. als Schutzgesetze, welche „die Ersatzfunktion schon in sich tragen, ohne noch der Vorschrift des § 823 Abs. 2 BGB. zu bedürfen."[17]) Zur Begründung seines Standpunkts führt Hellmann aus: „Geschützt sollte werden das Interesse, das der Verlobte daran hat, nicht getäuscht worden zu sein durch die in ihm erregte Erwartung der Eheschliessung." „Dieser Schutz trägt der sittlichen und sozialen Ueberzeugung Rechnung, dass es eine Unanständigkeit sei, das Verlöbnis ohne wichtigen Grund zu brechen oder dem anderen Verlobten gegründeten Anlass zum Rücktritt zu bieten, und dass man den gekränkten Teil nicht auch noch den pekuniären Schaden seiner Enttäuschung tragen lassen dürfe."

Was zunächst die subjektive Seite anbetrifft, so steht der Ansicht Hellmann's meines Dafürhaltens nichts im Wege. Man könnte vielleicht zweifelhaft sein, worauf sich das Verschulden im Falle des § 823 Abs. 2 zu beziehen hat. Man

[16]) a. a. O.
[17]) Schönfeld, Zum § 823 BGB. Inaug.-Dissertation. 1899. S. 63.

könnte im ersten Augenblicke sagen: „Wer schuldhaft ein Schutzgesetz übertritt, muss gewusst haben, das ein solches Schutzgesetz existiert; das ist aber beim Rücktritt vom Verlöbnisse in den wenigsten Fällen anzunehmen.“ Dem ist jedoch mit v. Liszt entgegenzuhalten, dass sonst nirgends im Gesetz das Bewusstsein der Normwidrigkeit verlangt wird. Es muss genügen, wenn sich die Schuld auf die Handlung selber bezieht d. h. auf die „Willensbethätigung, in der die Uebertretung des Schutzgesetzes gelegen ist.“[18]) Diese liegt aber beim Verlöbnisbruch stets vor.

In objektiver Hinsicht erhebt sich indes die bisher noch nicht zum Austrag gebrachte Streitfrage, ob unter den Schutzgesetzen im Sinne des § 823 Abs. 2 auch privatrechtliche Bestimmungen zu verstehen sind. Gegen diese Auffassung wird geltend gemacht, es sei der Zweck der privatrechtlichen Vorschriften, den Machtkreis des einzelnen zu bestimmen, aber nicht, ihm einen besonderen Schutz gegen drohende Verletzungen zu gewähren.[19]) Darauf ist zu erwidern, dass beispielsweise schon die sozialpolitischen Bestimmungen der §§ 617—619 BGB. und des § 62 HGB. beweisen, dass die privatrechtlichen Gesetze sich nicht auf den Zweck zu beschränken brauchen, Rechte und Pflichten zu statuieren, sondern dass sie zuweilen gerade die Tendenz verfolgen, dem einzelnen einen Schutz gegen Eingriffe in seine Rechtssphäre zu bieten. Dass aber die Schutzgesetze nur die Schutzfunktion haben müssten, davon sagt § 823 Abs. 2 nichts.[20]) Auch in den Ausführungen Cosack's[21]) vermag ich kein zwingendes Argument gegen die Ausdehnung des Begriffs der Schutzgesetze auf das Privatrecht zu finden. Ob jede schuldhafte Pflichtwidrigkeit der Eltern gegen ihre Kinder als ein Delikt anzusehen ist, mag dahingestellt bleiben, da es sich hier um Rechte und Pflichten handelt, die aus einem familienrechtlichen Verhältnisse entspringen.[22]) Auch das soll zugegeben werden, dass der

[18]) v. Liszt a. a. O. S. 34.
[19]) Enneccerus-Lehmann a. a. O. S. 767, Oertmann a. a. O. S. 558.
[20]) Vgl. Planck II S. 612.
[21]) a. a. O. S. 593.
[22]) Dass die Verletzung familienrechtlicher Pflichten einen deliktsähnlichen Charakter hat, wird niemand bestreiten wollen.

§ 618 BGB. und der § 62 HGB. nicht als besondere Schutzgesetze im technischen Sinne zu gelten haben, da das Gesetz die Fürsorgepflicht des Dienstherrn bezw. Prinzipals ebenso wie das gemeine Recht nur als einen Teil des Dienstvertrages behandelt; daher ist auch nur von einer „entsprechenden" Anwendung der §§ 842—846 BGB. die Rede.[23]) Warum sich aber Cosack scheut, die Pflichtverletzung des Vormunds gegen seinen Mündel (§ 1833 BGB.) als Verstoss gegen ein zum Schutze des Mündels aufgestelltes Gesetz und somit als ein Delikt im Sinne des § 823 Abs. 2 zu qualifizieren, ist nicht ersichtlich. Auch sonst enthält das Bürgerliche Gesetzbuch unverkennbare Beispiele von Schutzgesetzen. Die 2. Kommission hat in dieser Beziehung, indem sie den Antrag, die Schutzgesetze auf Strafgesetze zu beschränken, ablehnte, selber auf § 814 (jetzt § 858) verwiesen.[24]) Will man den Besitz nicht zu den subjektiven Rechten zählen, wozu mangels einer ausdrücklichen Vorschrift keine Veranlassung vorliegt,[25]) so lässt sich ein Schadensersatzanspruch bei verbotener Eigenmacht nur aus § 823 Abs. 2 herleiten. Ebenso möchte ich z. B. die §§ 53, 161, 2219, 2362 als Schutzgesetze bezeichnen.[26]) Geht

[23]) Vgl. Schönfeld a. a. O. S. 69, Entsch. d. RG. in Civils. Bd. 21 S. 170 ff.

[24]) Prot. II Buch 2 S. 572.

[25]) So Planck III S. 30, II S. 608, Dernburg, Das Sachenrecht des Deutschen Reichs und Preussens S. 42, Heilfron, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts III S. 27. A. M. Meissner, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetze III S. 3, Enneccerus-Lehmann a. a. O. I S. 763, v. Liszt a. a. O. S. 21. Nach Oertmann a. a. O. S. 557 stellt der Besitz eine Rechtsposition dar; dies soll zur Anwendung des § 823 Abs. 1 genügen.

[26]) Ausser Planck sind der hier vertretenen Ansicht v. Liszt a. a. O. S. 32, Schönfeld a. a. O. insbes. S. 59, Linckelmann a. a. O. S. 27. Mit Recht rechnet Schönfeld S. 35, 59 auch § 37 Abs. 2 HGB. zu den Schutzgesetzen. Unter den Worten „in seinen Rechten" kann der Gesetzgeber, was übrigens die Entstehungsgeschichte bestätigt, nicht nur subjektive Rechte verstanden haben, sondern jedes berechtigte Interesse. Es drängt sich also die Notwendigkeit auf, § 823 Abs. 2 anzuwenden. Vgl. Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 I S. 141. Auch Gareis, Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 S. 54, derselbe, Das deutsche Handelsrecht S. 110 Anm. 3 und Danziger, Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich S. 38 sprechen nur von „berechtigten Interessen". A. M. Cosack,

man aber soweit, so wird man kein Bedenken tragen, die §§ 1298 ff. ebenfalls unter den § 823 Abs. 2 zu subsumieren.

§ 15.

Ergebnis.

I. Nach den voraufgegangenen Betrachtungen der einzelnen Thatsächlichkeitstheorieen komme ich zu dem Resultat, dass nur die Hellmann'sche Schutzgesetztheorie, wie ich sie kurz nennen will, eine Möglichkeit für die Konstruktion der Rücktrittsfolgen beim Verlöbnisse bietet, falls sich dieselben nicht durch die Verletzung eines Vertragsverhältnisses begründen lassen. Die Hellmann'sche Theorie wird, obwohl sie das Eheversprechen als eine Thatsache ansieht, der sittlichen Bedeutung des Verlöbnisinstituts gerecht, indem sie die Verlobten zur Treue verpflichtet. Sie trägt dem Umstande Rechnung, dass nach unserer Volksanschauung der Brautstand ein soziales Verhältnis ist, bei welchem das Vertrauen eine so überaus wichtige Rolle spielt, dass es den Schutz der Rechtsordnung herausfordert. In Anerkennung dieses Schutzbedürfnisses hat der Gesetzgeber ein Verbotsgesetz aufgestellt, zwar nicht durch einen theoretischen Ausspruch, ebenso wenig, wie es bei den Normen des Strafgesetzbuchs der Fall ist, aber dadurch, dass er an den Bruch des Treuverhältnisses eine Ersatzpflicht geknüpft hat. Und man darf nicht verkennen, dass diese Konstruktion für zwei Erscheinungen eine ungezwungene Erklärung abgiebt, was von Hellmann noch nicht gewürdigt worden ist. Erstens erklärt sie, warum nicht nur dem verlassenen Verlobten, sondern auch dessen Eltern und sogar dritten Personen, die an Stelle der Eltern gehandelt haben, Ersatzansprüche zustehen. Das Gesetz soll eben nicht nur zum Schutze der Verlobten allein bestimmt sein; es soll auch diejenigen schützen, welche erfahrungsgemäss in wohlgegründetem Vertrauen auf das feste Band des Verlobtenverhältnisses im Interesse der Verlobten Vermögensopfer

---

Lehrbuch des Handelsrechts S. 86, Makower, Kommentar zum HGB. S. 75, Staub, Kommentar zum HGB. S. 79 ff.

gebracht haben. Zweitens lässt sie es natürlich erscheinen, dass sowohl die Erfüllungsklage wie die Klage auf das Erfüllungsinteresse ausgeschlossen ist. Es fehlt hierfür die reale Grundlage, das subjektive Recht. Geschützt wird nicht ein Recht, sondern lediglich ein Interesse, das Interesse daran, nicht getäuscht zu werden. Man kann daher den Brautstand nach der Hellmann'schen Theorie auch nicht als ein Rechtsverhältnis bezeichnen, vielmehr nur als ein „rechtlich zu beachtendes Treuverhältnis", wie Bunsen[1]) richtig betont, welcher Hellmann am nächsten steht, ohne allerdings die konstruktive Basis des § 823 Abs. 2 zu finden. Es würde sich um ein Treuverhältnis handeln, von dem Brinz für das römische Recht sagt, dass es „zwar auch vom Rechte wahrgenommen wird, allein niemals „„Rechte"" und „„Aktionen"" der anderen, sondern heilige und weltliche Acht, Infamie, Querel und Bitte um obrigkeitlichen Zwang gegen den Pflichtwidrigen nach sich zieht."[2]) Man könnte die Ersatzfolgen der §§ 1298 ff. mit der Strafe der Infamie vergleichen, welche in gewissen Fällen nach römischem Recht den treulosen Verlobten traf.

II. Wir haben bisher nur gezeigt, dass die Hellmann'sche Schutzgesetztheorie möglich ist. Vielleicht ist sie aber entbehrlich, insofern sich die Rechtswirkungen des Verlöbnisbruchs auf den Willen der Verlobten zurückführen lassen. Mit anderen Worten: Vielleicht ist das Verlöbnis ein Rechtsgeschäft. Wir wollen daher jetzt zu den rechtsgeschäftlichen Theorieen übergehen.

III. Rechtsgeschäftliche Theorieen.

a. Theorie des obligatorischen Vertrages.

§ 16.

Die überlieferte Doktrin.

I. Seitdem der Begriff der römischen Sponsalien als einer „mentio et repromissio nuptiarum futurarum", wie ihn

[1]) Einführung III S. 10. Er betrachtet die Ersatzansprüche aus §§ 1298 ff. als „deliktsähnliche".

[2]) Brinz, Lehrbuch der Pandekten I S. 210. Dass einer Rechts-

Florentinus in l. 1 D. de sponsalibus 23, 1 aufgestellt hat, für das deutsche Verlöbnis zur unbestrittenen Herrschaft gelangt ist, hat man das Eheversprechen der Kategorie der obligatorischen Verträge zugezählt. Schon bei J. H. Boehmer heisst es: „Sponsalia, ubi legitimo contracta sunt modo, sine dubio obligationem ad ea consummanda producunt, et quidem ex natura et ratione pactorum communi, si modo iustae ab iis resiliendi causae nullae intervenerint . . . . . Equidem obligatio sponsalitia in faciendo consistit . . . . .“[1]) Er sah also in dem Verlöbnisse eine obligatorische Vereinbarung, deren Inhalt die Verpflichtung zu einem bestimmten Thun, nämlich dem künftigen Abschluss der Ehe, bildet. Da dieses Thun in der Mitwirkung bei einem Vertrage besteht, charakterisierte man das Verlöbnis des näheren als ein pactum de contrahendo. Diese Auffassung ist für die gemeinrechtliche und auch für die preussische Theorie und Praxis bestimmend geworden und hat noch in den jüngsten Entscheidungen des Reichsgerichts, wenngleich die familienrechtliche Seite des Verlöbnisses, was später eingehend zu erörtern ist, nicht verkannt wird, ihren Ausdruck gefunden.[2]) So wird in einem Urteil vom 30. September 1897 ausgeführt: „Nach gemeinem deutschen Recht ist die Verbindlichkeit des Verlobten zur Eheschliessung eine vertragsmässige Obligation, wie irgend eine andere, wenn sie auch zunächst nicht eine vermögensrechtliche, sondern eine familienrechtliche Leistung zum Gegenstande hat.“[3]) Auch die Motive behandeln das Verlöbnis als einen auf Begründung eines Schuldverhältnisses gerichteten Vertrag.

II. Der von ihr vertretenen Anschauung entsprechend hat die Praxis die allgemeinen obligationenrechtlichen Grund-

---

pflicht durchaus nicht ein subjektives Recht zu entsprechen braucht, bedarf wohl keiner weiteren Ausführung. Vgl. Regelsberger, Pandekten S. 80.

[1]) Jus ecclesiasticum Protestantium tom. III S. 1142 § 48.

[2]) Besonders schroff Richter (-Dove-Kahl), Lehrbuch des kathol. und evang. Kirchenrechts S. 1194: „Während die Ansicht abzulehnen ist, welche die Ehe nur als einen Vertrag auffasst . . . . ., ist für das Verlöbnis der Gesichtspunkt des Kontraktes als der schlechthin entscheidende anzusehen.“ Wegen der Judikatur verweise ich auf Anm. 11 in § 3.

[3]) Bd. 39 S. 188 ff.

sätze auf das Verlöbnis zur Anwendung gebracht. Wie bei anderen obligatorischen Verträgen konnte der klagende Teil zunächst nur die Erfüllung der vertragsmässig geschuldeten Leistung verlangen d. h. er konnte zunächst nur auf Eingehung der Ehe klagen und musste sich seinerseits hierzu erbieten. Erst wenn der andere Verlobte dem Urteil nicht Folge leistete, verwandelte sich der Anspruch des Klägers, da das Urteil nach den Vorschriften der Civilprozessordnung der Exekutivkraft entbehrte, in einen solchen auf das Erfüllungsinteresse. Nur wenn die Eheschliessung schuldhaft vereitelt wurde z. B. durch eine anderweitige Verheiratung oder, wie man seltsamerweise annahm, durch Selbstmord,[4]) konnte sofort eine Entschädigungsklage erhoben werden. In diesen Fällen, so argumentierte man, sei die ursprüngliche Obligation wegen Unmöglichwerdens der Leistung erloschen, und es komme der Satz zur Geltung, dass der Schuldner, welcher die Unmöglichkeit durch seine Handlungen verschuldet hat, dem Gläubiger zum Schadensersatze verpflichtet ist.[5])

Auch die Frage, welcher Ort für die Rechtswirkungen des Verlöbnisbruchs massgebend sei, wurde nach dem obligationenrechtlichen Prinzip entschieden; es sollte also der Erfüllungsort sein. Was aber beim Verlöbnisvertrage als Erfüllungsort anzusehen sei, darüber gingen die Meinungen auseinander. Die Praxis zeigte in dieser Beziehung ein merkwürdiges Schwanken. Teilweise huldigten die Gerichte der Auffassung, es sei darunter der Ort der künftigen Eheschliessung zu verstehen;[6]) die Mehrzahl der Entscheidungen vertrat indes den Standpunkt, dass es auf das domicilium matrimonii, mithin im Zweifel auf den Wohnsitz des Bräutigams ankomme.[7]) Im letzteren Sinne sind besonders die Aus-

---

[4]) Dass diese Annahme selbst vom Standpunkte des gemeinen Rechts nicht gerechtfertigt ist, hat Stutz a. a. O. S. 74 ff. ausgeführt, wo er die bereits oben citierte Entscheidung des Reichsgerichts einer treffenden Kritik unterwirft.

[5]) Vgl. Dernburg, Pandekten II S. 186.

[6]) Entsch. d. RG. i. Civils. Bd. 23 S. 177, Seuff. Arch. Bd. 41 No. 21.

[7]) Entsch. d. RG. i. Civils. Bd. 7 S. 340, Bd. 20 S 334, Bd. 29 S. 98, Seuff. Arch. Bd. 20 No. 1, Entsch. des Obertrib. Bd. 43 S. 53.

führungen des Reichsgerichts in Bd. 20 S. 334 ff. der Entscheidungen in Civilsachen bemerkenswert, wo es heisst: Als Erfüllungsort „ist, soweit es sich um das in der Verlobung enthaltene Eheversprechen handelt, nicht der von allerlei Zufälligkeiten abhängende Ort anzusehen, an welchem die Eheschliessung vor dem Standesbeamten erfolgen soll. Vielmehr erscheint derjenige Ort, an welchem die Verlobten nach der Verehelichung ihren Wohnsitz nehmen, demnach die Ehe begründen und das gemeinschaftliche häusliche Zusammenleben beginnen wollen, als massgebend. Dieser Ort ist derjenige, an welchem die Erfüllung des Eheversprechens gedacht und erwartet wird, an welchem das Verlöbnis nach dem Willen der Verlobten seine Wirksamkeit äussern soll."

§ 17.

Kritik.

I. Schon das Schwanken der Gerichte hinsichtlich der Bestimmung des Erfüllungsortes weist darauf hin, dass die Theorie des obligatorischen Vorvertrages nicht ganz unbedenklich ist. Ist das Verlöbnis wirklich das, als was es ausgegeben wird, ist wirklich der Abschluss des Eheschliessungsvertrages eine ein geeignetes Obligationsobjekt darstellende Handlung, so ist nicht abzusehen, warum nicht der Ort der Vornahme dieser Handlung der Erfüllungsort der Obligation sein soll. Dieses Resultat würde allein den Anforderungen einer konsequenten juristischen Konstruktion entsprechen.[1]) Die gegenteilige Ansicht beruht nun offenbar auf der durchaus berechtigten Erwägung, dass es beim Verlöbnisse materiell nicht sowohl auf den Eheschliessungsakt als vielmehr auf das eheliche Zusammenleben, auf den In-

[1]) Wenn Engelmann, Das alte und das neue Bürgerliche Recht Deutschlands S. 635, ausführt, die Obligation habe die Eheschliessung zum Gegenstande und könne nur durch Eingehung der Ehe erfüllt werden und dann fortfährt: „Daher entscheidet über die Wirkungen des Eheversprechens das am domicilium matrimonii, d. h. an dem Orte, wo das häusliche Zusammenleben beginnen soll, geltende Recht", so klingt aus dieser schroffen Formulierung ein deutlicher Widerspruch heraus.

halt des durch die Eheschliessung begründeten Verhältnisses ankommt. Die Eingehung der Ehe ist ein familienrechtlicher Vertrag, und wir haben es oben als eine Eigentümlichkeit der familienrechtlichen Verträge kennen gelernt, dass sie gewissermassen nur als eine äussere Form zur Begründung eines Rechtsverhältnisses erscheinen, während das, worin im Grunde genommen die Bedeutung jedes Vertrages liegt, die innere Gestaltung des Rechtsverhältnisses, nicht durch den Vertrag bestimmt wird, sondern unabhängig von den Parteierklärungen durch Sitte und Recht ein für allemal gegeben ist. Diese Besonderheit lässt auch das Reichsgericht nicht unbeachtet, wenn es davon spricht, dass die Obligation beim Verlöbnisse allerdings „zunächst nicht eine vermögensrechtliche, sondern eine familienrechtliche Leistung zum Gegenstande hat". Man kann eben die Handlung des Vertragsschlusses nicht als solche betrachten und von den Rechten und Pflichten abstrahieren, welche notwendig aus dem hierdurch geschaffenen familienrechtlichen Verhältnisse, also mittelbar aus der Handlung selber entspringen.[2]) Damit stossen wir aber auf den Kernpunkt unserer Frage: Ist es überhaupt möglich, dass eine derartig familienrechtlich gefärbte Leistung wie der Abschluss eines spezifisch familienrechtlichen Vertrages Gegenstand einer Obligation ist?

II. Das Obligationenrecht bildet, was schon an anderer Stelle betont worden ist, die rechtliche Grundlage für den wirtschaftlichen Güteraustausch. Wirtschaftliche Güter sind aber nur solche, welche nach allgemeinen Verkehrsgrundsätzen einen wirtschaftlichen Wert repräsentieren, sich also in Geld abschätzen lassen. Demnach ist die Beziehung zum Vermögen als ein wesentliches Erfordernis der Obligation anzusehen, gleichgültig, ob ein Gesetzbuch dasselbe ausdrücklich erwähnt oder verschweigt. Es ist das, wie Ende-

[2]) Rein abstrakt könnte man nämlich die Behauptung aufstellen, dass der Eingehungsakt eines familienrechtlichen Verhältnisses mit den aus demselben sich ergebenden Leistungen nichts zu thun hat und im Gegensatze zu letzteren zum Gegenstande eines obligatorischen Versprechens gemacht werden kann, dass also zwar die Handlungen, deren Grundlage eine familienrechtliche ist, aus dem Obligationenrecht ausscheiden, nicht aber die, welche erst eine familienrechtliche Grundlage schaffen.

mann mit Recht hervorhebt, kein besonderes theoretisches Prinzip, sondern ein in der Natur der Sache tief begründetes Postulat, an welchem man festhalten muss, wenn man den Obligationsbegriff nicht verflüchtigen will.[3]) Zweifellos kann hiernach der Abschluss eines Vertrages Gegenstand einer Obligation sein, aber nur dann, wenn durch diesen Vertrag dem Berechtigten ein wirtschaftliches Gut zugeführt werden soll, welches von der Rechtssphäre des Verpflichteten unter Wahrung seiner persönlichen Unabhängigkeit abgelöst wird. Dies trifft zu für die obligatorischen, dinglichen und erbrechtlichen Verträge. Die Eingehung eines familienrechtlichen Verhältnisses widerstrebt aber einer Vermögenswertung und bedeutet eine völlige Hingabe der Person. Sie ist eine Handlung, die von vornherein jedes geschäftsmässigen Charakters entbehrt.[4]) Aus diesem Grunde ist es begrifflich ausgeschlossen, dass die Eheschliessung der Inhalt eines obligatorischen Versprechens sein kann, und damit entfällt die Möglichkeit, das Verlöbnis als einen obligatorischen Vorvertrag zu behandeln.

III. Man könnte nun vielleicht einwenden, dass das soeben aufgestellte Prinzip gerade durch die gemeinrechtliche Klagbarkeit des Verlöbnisses widerlegt und das Eheversprechen demgemäss von jeher als obligatorischer Vertrag konstruiert wird. Hat doch Ihering diese Thatsache auch dafür ins Feld geführt, dass der Vermögenswert nicht als Erfordernis der Obligation zu gelten habe.[5]) Dem gegenüber ist jedoch

---

[3]) Endemann, Einführung I S. 468. Ebenso Dernburg, Pandekten II S. 51, derselbe, Preuss. Privatrecht II S. 49, Hellwig, Ueber die Grenzen der Vertragsmöglichkeit (Arch. f. civ. Pr. Bd. 86) S. 223 ff., Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse S. 4. A. M. Windscheid-Kipp, Pandekten II § 250 Anm. 3, Ihering, Ein Rechtsgutachten betr. die Gäubahn, in seinen Jahrb. Bd. 18 S. 1 ff., Förster-Eccius, Preuss. Privatrecht I S 442, Mot. II S. 3, Planck II S. 5, Cosack, Lehrbuch I S. 283. Einen vermittelnden Standpunkt nehmen ein Kohler, Das Obligationsinteresse (Arch. f. bürg. Recht Bd. 12 S. 1 ff.) und Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse (Allg. Teil) Vorbemerkg. S. 3.

[4]) Diese Empfindung hatte man wohl auch, als man in der Kommission für die 2. Lesung sich dagegen sträubte, eine rechtsgeschäftliche Verpflichtung zur Schliessung der Ehe anzuerkennen. Man rechnete nur mit der Möglichkeit eines obligatorischen Vertrages, wie sie das überlieferte Recht darbot.

[5]) a. a. O. S. 42.

darauf hinzuweisen, dass die Klagbarkeit des Verlöbnisses als eine durchaus singuläre Erscheinung aufzufassen ist, welche, einer längst vergangenen Epoche angehörend, nur zufolge des dem Rechte innewohnenden Beharrungsvermögens noch bis in die neueste Zeit sich erhalten hat.[6]) Sie führt in letzter Linie auf germanisch-kanonische Reminiscenzen zurück; an Stelle der geistlichen Zuchtmittel, welche den renitenten Verlobten zur Erfüllung seines Versprechens bestimmten, gab die weltliche Macht eine gewöhnliche Klage. Diese Singularität wird treffend hervorgehoben in einem Erkenntnisse des Oberappellationsgerichts Rostock vom 8. Oktober 1846, welches die Frage behandelt, ob das Versprechen einer künftigen Adoption ein rechtsverbindlicher Vertrag ist.[7]) Es heisst darin: „Nach heutigem Recht sind nun allerdings Verlöbnisse klagbar. Diese Modifikation gestattet aber, auf besonderen christlich-religiösen Gründen beruhend, keine Ausdehnung auf andere auf Eingehung von Familienverhältnissen bezügliche Verträge.“ Die Römer waren in dieser Hinsicht konsequenter, indem sie, ohne durch eine anomale Rechtsbildung gehemmt zu sein, auch die Sponsalien für klaglos erklärten, da eine derartige Bindung der persönlichen Freiheit mit den guten Sitten nicht vereinbar erschien. Wir brauchen nicht mehr mit den guten Sitten zu operieren, um solche Versprechen aus dem Gebiete obligatorischen Zwanges auszuscheiden; man muss sich sogar dagegen verwahren, das Eheversprechen als unsittlich zu bezeichnen, wenn man sich nicht auf den Standpunkt des Probezeitdogmas stellen will. Wir sehen in der Klaglosigkeit des Verlöbnisses die folgerichtige Durchführung des erst neuerdings mit der erforderlichen Schärfe zur Geltung gebrachten fundamentalen Satzes, dass Versprechen, denen jede Beziehung zum Vermögensrecht fehlt, nicht geeignet sind, Obligationen zu erzeugen.[8])

[6]) Hellwig a. a. O. S. 227, v. Scheurl, Bemerkungen a. a. O. S. 388.

[7]) Seuff. Arch. Bd. 15 No. 134.

[8]) Insbesondere Hellwig a. a. O. Die Annahme, dass derartige Versprechen gegen die guten Sitten verstossen, ist umso weniger empfehlenswert, als sie streng genommen die Thatsache nicht aus der Welt schaffen würde, dass obligatorische Verträge vorliegen; denn

Um die Stellung des gemeinen Rechts zum Verlöbnisse zu verstehen, hat man sich ferner auch vor Augen zu halten, dass die Klage auf Vollziehung der Ehe, welcher als natürliches Surrogat die Klage auf das Erfüllungsinteresse entsprach, aus einer Zeit herstammte, in der man nicht von einer so idealen Auffassung der Ehe durchdrungen war wie heute. Die gemeinrechtliche Praxis trug umso weniger Bedenken, das kanonische Recht zu rezipieren und nach den ihr zu Gebote stehenden Mitteln zu gestalten, als nach der damaligen Anschauung die materielle Seite der Ehe, insbesondere der Gesichtspunkt einer Versorgung für die Braut, bei weitem in den Vordergrund trat. Damals wurde der Ehe thatsächlich ein Vermögenswert beigelegt, sodass es verfehlt ist, wenn Ihering aus der gemeinrechtlichen Behandlung des Verlöbnisses einen Schluss auf die Erfordernisse der Obligation zieht. Wurde doch die Ehe direkt als ein obligatorischer Vertrag konstruiert, der mit Kauf und Sozietät auf eine Stufe gestellt wurde.[9]) Man braucht sich nur die Definition, welche noch Kant von der Ehe giebt, zu vergegenwärtigen, und man wird die Erfüllungsklage beim Verlöbnisse zum mindesten erklärlich finden.[10]) Die wachsende Erkenntnis des sittlichen Wesens der Ehe legte nun allerdings den vollständigen Bruch mit einer innerlich jetzt überwundenen Theorie nahe. Bei der konservativen Tendenz des Rechts begnügte man sich indes damit, lediglich die Konsequenzen der Theorie abzuschwächen.

---

nichtige Verträge bleiben immerhin Verträge. Man wird aber gerade deshalb, weil die Nichtigkeit nicht etwa wegen einer besonderen Gestaltung des Normalfalls, sondern in jedem Falle eintritt, zu der Ansicht gelangen, dass hier ein ganz allgemeines Prinzip sich geltend macht, wonach diese Versprechen überhaupt keine Verträge, wenigstens keine obligatorischen, darstellen.

[9]) Vgl Savigny, System III S. 317 ff., Friedberg, Recht der Eheschliessung S. 196.

[10]) Kant, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre S. 107: „Ehe d. i. die Verbindung zweier Personen verschiedenen Geschlechts zum lebenswierigen wechselseitigen Besitz ihrer Geschlechtseigenschaften.“ Gegen diese Entwürdigung der Ehe wendet sich vor allem Savigny a. a. O. Vgl. auch Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts 8. Bd. S. 116.

§ 18.

Das Bürgerliche Gesetzbuch.

I. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat endlich den Schritt gethan, den das gemeine Recht längst hätte thun müssen, es hat die Ehe des vermögensrechtlichen, spekulativen Charakters völlig entkleidet. Daher der Ausschluss der Erfüllungsklage und vor allem der Klage auf das Erfüllungsinteresse, daher die Nichtigkeit der Vereinbarung einer Konventionalstrafe. Wieweit das Recht in der Idealisierung der Ehe geht, ergiebt sich am klarsten aus § 1234 Abs. 2, wonach sogar auf Grund einer Täuschung über Vermögensverhältnisse eine Anfechtung der Ehe nicht stattfindet. Wir haben endlich wieder ein Recht vor uns, welches in konsequenter Weise den allgemeinen Grundsatz anerkennt, dass die Eingehung familienrechtlicher Verhältnisse einer Lebenssphäre angehört, welche nicht geschäftsmässig sein soll. Deshalb ist die Theorie des obligatorischen Vorvertrages nicht mehr bloss im Prinzip wie früher, sondern auch nach dem positiven Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Verlöbnis unhaltbar, man müsste denn den Obligationsbegriff über das Gebiet des Vermögensrechts hinaus erweitern, was trotz der unbestimmten Fassung des § 241 BGB. aus inneren Gründen, wie bereits ausgeführt wurde, abzulehnen ist.[1])

II. Noch von einem anderen, mehr formalen Gesichtspunkte aus erscheint die Theorie des obligatorischen Vorvertrages für das Verlöbnis des Bürgerlichen Gesetzbuchs angreifbar. Sie lässt die Thatsache unerklärt, dass der ohne wichtigen Grund zurücktretende Verlobte oder der, welcher

---

[1]) Auch Stutz a. a. O. S. 46 hat es in seiner Polemik gegen die Theorie des obligatorischen Vertrages nicht verabsäumt, auf den Mangel eines vermögensrechtlichen Interesses hinzuweisen, wenn sein Hauptargument auch auf anderem Gebiete liegt. Er macht ferner mit Recht darauf aufmerksam, dass die obligatorischen Vorverträge sich als Sicherungsgeschäfte charakterisieren und der Sicherungszweck beim Verlöbnisse gerade vereitelt werde, wenn eine Klage auf das Erfüllungsinteresse ausgeschlossen und es den Parteien verwehrt sei, sich durch Vereinbarung einer Konventionalstrafe gegen Nichterfüllung oder Vereitelung der Erfüllung zu sichern. Vgl. S. 34 ff. a. a. O. Es kommt hier dasselbe in Betracht, was schon bei der Theorie des Garantieversprechens erwähnt worden ist.

den anderen schuldhafterweise zum Rücktritt veranlasst, auch dritten Personen in gewissem Umfange haftbar ist. Aus einem obligatorischen Vertrage, so sollte man meinen, können nur unter den sich obligierenden Subjekten Rechte zu Gunsten erwachsen, falls der Vertrag nicht ausdrücklich und Pflichten Dritter abgeschlossen ist. Entweder müsste man also eine Vereinbarung im letzteren Sinne als stillschweigend erfolgt unterstellen, was schon bei der Theorie des Garantieversprechens als eine konstruktive Verirrung zurückgewiesen worden ist, oder man ist zu der Annahme genötigt, dass der Gesetzgeber kraft positiver Bestimmung an den Vertrag auch Rechtsfolgen für dritte Personen geknüpft hat. Nun ist allerdings zuzugeben, dass häufig Gesetzeswirkungen neben Willenswirkungen eintreten. Handelt es sich aber nicht um Haupt- und Nebenwirkungen, sondern wie beim Verlöbnisse um wesentlich gleichartige Wirkungen, die nur verschiedene Personen berühren, so beweist das Auseinanderreissen nach verschiedenen Ursprungsquellen immerhin eine Schwäche der Konstruktion. Eine derartige Konstruktion wäre erst dann in Betracht zu ziehen, wenn sich keine annehmbare Theorie findet, bei der sich alle Rücktrittsfolgen auf eine gemeinsame Grundlage zurückführen lassen.

b. Theorie des obligatorisch-familienrechtlichen Verhältnisses.

§ 19.

I. Nur als eine Verfeinerung der Theorie des obligatorischen Vorvertrages stellt sich eine andere Theorie dar, welche zwar den Nachdruck auf die obligatorische Verpflichtung zur Eheschliessung legt, aber nicht verkennt, dass das unter den Verlobten bestehende Verhältnis nicht rein obligatorischer Natur ist, sondern auch ein familienrechtliches Moment in sich birgt. Es war vor allem von Scheurl, welcher diesen Gesichtspunkt zuerst in eindringlicher Darstellung beleuchtete. Er führt aus:[1]) „Das aus einem gültigen Verlöbnis entstehende Verlöbnisverhältnis ist nach

[1]) Eherecht S. 374 ff.

gemeinem Recht ein doppelartiges: es ist zugleich ein obligatorisches und ein familienrechtliches d. h. ein aus gegenseitigen Rechten der Verlobten an einander bestehendes Rechtsverhältnis. Die gegenseitigen Rechte der Verlobten an einander haben zum Inhalt die Verlöbnistreue (fides sponsalicia), die von wesentlich anderer Art ist als die Vertragstreue, wozu bei gegenseitigen Schuldverhältnissen die zwei oder mehreren Obligationssubjekte einander verpflichtet sind, und welche nur darin besteht, die genaue Erfüllung der gegenseitigen Vertragsverbindlichkeiten sich redlich angelegen sein zu lassen, vor allem folglich jeglicher Verhinderung der Möglichkeit ihrer Erfüllung sich zu enthalten. Verlobte sind sich nicht nur hierzu gegenseitig verpflichtet, sondern die Treue, welche sie einander schulden, bedeutet vornehmlich ein solches Verhalten gegen einander, dass sie sich bereits als mit ihrer ganzen Persönlichkeit einander angehörig betrachten, obgleich sie noch äusserlich getrennt von einander leben, indem ihre Vereinigung zu gemeinsamer Lebensführung und folgeweise auch zur geschlechtlichen Vereinigung der Zukunft vorbehalten ist. . . . Obligatorischer Natur ist das Verlöbnisverhältnis, insofern es zu seinem Inhalte die gegenseitige Verpflichtung zu der Handlung der Eheschliessung hat."

Die von Scheurl'sche Theorie hat in die neuere Rechtsprechung des Reichsgerichts Eingang gefunden.[2]) Es schien doch mit den Lebensanschauungen nicht im Einklang zu stehen, die Verlobten im gewöhnlichen Sinne als Gläubiger und Schuldner einer Handlung zu betrachten und die Eigenart des sittlichen Treuverhältnisses, welches wir Brautstand nennen, rechtlich völlig zu ignorieren. Man giebt sich aber damit zufrieden, diese Eigenart beiläufig zu vermerken, ohne hieraus für die juristische Konstruktion Konsequenzen zu ziehen. Man hebt in der Regel hervor, dass durch das Eheversprechen ein dauerndes persönliches Rechtsverhältnis nach Analogie der Ehe unter den Kontrahenten begründet wird, fährt aber dann fort, dass durch diese Thatsache

[2]) Vgl. Entsch. d. RG. in Civils. Bd. 20 S. 334, Bd. 23 S. 177, Bd. 29 S. 98.

nichts an dem obligatorischen Charakter des Verlöbnisses geändert wird.[3])

Dittenberger hält auch für das Bürgerliche Gesetzbuch ausdrücklich an der Theorie von der gemischten obligatorisch-familienrechtlichen Natur des Verlöbnisses fest.[4]) Es erscheint ihm unbedenklich, Braut und Bräutigam als gegenseitige Gläubiger und Schuldner anzusehen, wenn man der Thatsache Rechnung trägt, „dass die Verlobten nicht lediglich durch die Kette der obligatorischen Verpflichtung aneinandergefesselt sind, sondern ausserdem durch das zarte Band des Brautstandes umschlungen werden".

II. Die Theorie des obligatorisch-familienrechtlichen Verhältnisses hat zweifellos den Vorzug, dass sie der besonderen ethischen und sozialen Bedeutung des Verlöbnisses gerecht wird, indem sie wenigstens den Brautstand nicht zu einem Schuldverhältnis gewöhnlicher Art erniedrigt. Aber abgesehen davon, dass sie als Mischtheorie naturgemäss an einem Mangel juristischer Schärfe leidet und nicht klar ersehen lässt, ob nun auch der Verlobungsakt als ein obligatorisch-familienrechtlicher Vertrag aufzufassen ist, wieweit ferner bejahendenfalls das familienrechtliche Moment im einzelnen Berücksichtigung finden soll, begeht sie noch denselben Fehler wie die Theorie des obligatorischen Vorvertrages: sie sieht in der Handlung der Eheschliessung den Gegenstand einer Obligation. Gerade der Umstand, dass man zu der Einsicht gelangte, das Verlöbnis lasse sich nicht in die hergebrachte Form des Schuldvertrages einzwängen, wenn man dem Leben nicht Gewalt anthun will, hätte dazu führen müssen, das obligatorische Element völlig auszuscheiden. Es liegt in der Natur der Sache, dass die Verlöbnistreue, in welcher der Brautstandsinhalt gipfelt, von wesentlich anderer Art ist als die Vertragstreue bei Schuldverhältnissen. Der Grund hierfür ist die Beschaffenheit des Leistungs-

[3]) Vgl. insbes. Bd. 20 S. 334, wo es heisst: „Aber dadurch wird nichts an der Thatsache geändert, dass es sich bei der Verlobung um einen Vertrag handelt, bei dem sich die beiden Teile die Eheschliessung versprechen, und dass durch das Verlöbnis, sofern dasselbe überhaupt rechtliche Wirkungen hat, eine Obligation erzeugt wird, deren Inhalt die Eheschliessung bildet."

[4]) Vgl. sein Verlöbnisrecht S. 59 ff.

objekts. Die Verlobten versprechen einander die Eingehung der Ehe, also eines Verhältnisses, welches die ganze Person ergreift und nicht nur in einzelnen Beziehungen auf die Person einwirkt. Dann ist es aber eine selbstverständliche Folge, dass auch dieses Versprechen schon eine gewisse Bindung der ganzen Person herbeiführt. Interessiert den Gläubiger, um die für Schuldverhältnisse üblichen Ausdrücke der Anschaulichkeit wegen beizubehalten, nicht nur diese oder jene Seite des Schuldners, insofern durch sie die Leistung beeinflusst wird, sondern des Schuldners ganze äussere und innere Persönlichkeit, weil er mit ihm ein Lebensverhältnis eingehen will, welches eine vollständige Hingebung voraussetzt, so muss dieser in seinem Thun und Lassen, vor allem in seinem moralischen Verhalten in ganz anderem Masse auf den Gläubiger Rücksicht nehmen, als es bei gemeinen Kontrakten der Fall wäre. Wenn man will, kann man sagen, dass es sich schliesslich auch hier nur um die allgemeine Vertragstreue handelt, die lediglich in Anbetracht des Leistungsobjekts eigentümlich modifiziert ist. Die Theorie des obligatorisch-familienrechtlichen Verhältnisses stellt eben die Verpflichtung zur Verlöbnistreue und die Verpflichtung zur Eheschliessungshandlung einfach als etwas Selbständiges neben einander und übersieht dabei, dass die eine nur durch die andere gegeben ist.

III. Dittenberger, welcher, wie erwähnt, die Theorie des obligatorisch-familienrechtlichen Verhältnisses auch dem Verlöbnisse des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu Grunde legt, kommt meines Erachtens in seinen Ausführungen der Wahrheit ebenfalls ziemlich nahe, ohne aber den Kernpunkt zu treffen. Die berühmte Frage, ob eine nichtvermögensrechtliche Leistung Gegenstand einer Obligation sein kann, würdigt er überhaupt keines Wortes. Den Ausschluss der Klage auf das Erfüllungsinteresse erklärt er damit, dass sie „dem Wesen des infolge seiner Beziehung zur Ehe einen besonderen Stempel tragenden Vertrages des Verlöbnisses widersprechen würde.“ [5]) Weshalb, wird man sich fragen, trägt denn der Verlöbnisvertrag einen besonderen Stempel? Weil das Versprechen der Ehe überhaupt nicht ins Obligationenrecht

[5]) a. a. O. S. 50.

gehört. Man braucht zur Begründung nicht die sittliche Natur der Ehe heranzuziehen, sondern kann auf den allgemeinen Gesichtspunkt zurückgreifen, dass die Ehe ein familienrechtliches Verhältnis ist und der Eingehung familienrechtlicher Verhältnisse jede Beziehung zum Vermögensrecht fehlt. Es liegt keine Veranlassung vor, nachdem das Bürgerliche Gesetzbuch endgültig mit der Anomalie des früheren Rechts aufgeräumt hat, auch heute noch an dem obligatorischen Charakter des Verlöbnisses, in welchem Grade es auch sei, festzuhalten.[6])

c. Theorie des familienrechtlichen Vertrages.

§ 20.

Allgemeines.

Nachdem wir das Verlöbnis aus dem Gebiete des Obligationenrechts ausgesondert haben, kann es sich nur noch darum handeln, seine Stellung zum Familienrecht zu bestimmen. Dass es infolge seines Zusammenhanges mit der Ehe eine nahe Beziehung zum Familienrecht hat, wird niemand bezweifeln. Es fragt sich aber, ob es als ein familienrechtliches Rechtsgeschäft, als ein familienrechtlicher Vertrag im technischen Sinne aufzufassen ist oder nur einen thatsächlichen Akt darstellt, der ein in das Familienleben eingreifendes thatsächliches Verhältnis schafft.

Je nachdem man das Verlobtenverhältnis oder das eheliche Verhältnis als Ziel der Verlöbniserklärungen be-

[6]) Man wird uns nicht damit vertrösten können, dass bei Spiel- und Wettverträgen, die im Obligationenrecht geregelt sind, ebenfalls die Erfüllungsklage und die Klage auf das Erfüllungsinteresse ausgeschlossen sind. Bei der inneren Verschiedenheit dieser Verträge vom Verlöbnisse kann man auf die zufällige Gleichheit der äusseren Behandlung in gewissen Punkten unmöglich eine Theorie stützen wollen. Im übrigen ist es nicht ganz zweifellos, dass durch Spiel und Wette wirklich Schuldverhältnisse begründet werden, wenn auch § 762 BGB. dem Wortlaut nach nur die Entstehung einer „Verbindlichkeit“ verneint. Ich verweise nur auf § 66 des Börsengesetzes, welcher bei gleicher ratio legis ausdrücklich bestimmt, dass durch Börsentermingeschäfte, falls nicht gewisse Voraussetzungen vorliegen, „ein Schuldverhältnis nicht begründet“ wird.

trachtet, lassen sich zwei Theorieen des familienrechtlichen Vertrages unterscheiden:
1. die Theorie des familienrechtlichen Hauptvertrages.
2. die Theorie des familienrechtlichen Vorvertrages.

§ 21.

Die Stutz'sche Theorie des familienrechtlichen Hauptvertrages.

I. Stutz bekämpft nicht nur diejenigen Theorieen, welche die Eheschliessung zum Gegenstande einer Obligation stempeln, er will das Verlöbnis überhaupt nicht als Eheversprechen behandelt wissen. Er definiert das Verlöbnis im Sinne von Verlobungsakt als „die gegenseitige Erklärung zweier Personen verschiedenen Geschlechtes, dass sie miteinander in bräutliche Lebensgemeinschaft treten wollen."[1] Nach seiner Meinung richtet sich der Verlöbniswille garnicht auf die Zukunft, sondern auf die Gegenwart; „die Parteien wollen nicht die künftige Ehe, sondern den gegenwärtigen Brautstand". Zwar verkennt er nicht, dass der Brautstand nur ein Durchgangsstadium ist und zur Vorbereitung der Ehe dient, diese erscheint ihm aber nur als die „begriffsmässige und bestimmungsmässige" Beendigung des Brautstandes, ohne subjektiv mit dem Verlöbniswillen verknüpft zu sein. „Ich möchte wissen", führt er an, „wie viele von den Paaren, die sich in Deutschland jahraus jahrein verloben, wirklich die künftige Ehe sich versprechen. Sie gestehen einander ihre Liebe, sie erklären, einander ganz und fürs Leben angehören zu wollen, sie schwören sich Treue. An die Eheschliessung dürften im Augenblick der Verlobung die wenigsten denken; das ist ein Gedanke, der erst hinterher, manchmal erst gegen Ende des Verlöbnisses in den Vordergrund tritt." Zur Bestätigung seiner Auffassung beruft sich Stutz auf die „zahlreichen Verlöbnisse, die bereits zu einer Zeit und unter Umständen eingegangen werden, welche den Gedanken an die Eheschliessung nicht aufkommen lassen." Er weist ferner darauf hin, dass nach deutscher Volkssitte die Ver-

[1]) Rechtsnatur des Verlöbnisses S. 59.

lobung bekannt gemacht wird im Gegensatze zu dem bei romanischen Nationen herrschenden Brauche, nur von der entweder schon vollzogenen oder demnächst bevorstehenden Eheschliessung öffentliche Kenntnis zu geben. Daraus folgert er, dass bei den Germanen die Verlobung mehr ist als Mittel zum Zweck, dass ihr eine „relative Selbständigkeit" zukommt. So macht denn Stutz den Versuch, die ganze bisherige Doktrin aus ihren Angeln zu heben, er hält die seit Jahrhunderten übliche, auf die Autorität des Florentinus gestützte und in ihrer Richtigkeit noch unbezweifelte Begriffsbestimmung des Verlöbnisses für „eitel Suggestion" und unternimmt auf Grund des Bürgerlichen Gesetzbuchs einen völligen Neubau des deutschen Verlöbnisrechts.

II. Da Stutz das Verlöbnis überhaupt nicht als ein erst in der Zukunft zu erfüllendes Versprechen betrachtet, sondern lediglich als eine Form, durch welche zwei Personen in einen Familienstand eintreten, kann man seine Theorie als die des familienrechtlichen Hauptvertrages bezeichnen. Hiernach wollen die Kontrahenten Verlobte sein und werden es durch ihre übereinstimmenden Willenserklärungen. Die gewollte Rechtswirkung tritt genau wie bei der Eheschliessung, wenn man von dem besonderen Formerfordernisse bei letzterer absieht, mit dem Augenblicke ein, wo der Wille ausgesprochen wird; es bedarf nicht erst einer Erfüllung. Alle Verpflichtungen, welche nunmehr den Verlobten obliegen, entspringen aus dem durch den Verlobungsakt begründeten familienrechtlichen Verhältnisse des Brautstandes, ebenso wie die ehelichen Pflichten aus dem ehelichen Verhältnisse erwachsen. Der Umfang dieser Verpflichtungen, denen auf der anderen Seite rechtliche Befugnisse entsprechen, ist durch das sittliche Wesen des Verlöbnisses gegeben, wie solches durch die allgemeine Volksanschauung bestimmt wird. Ihre gemeinsame Wurzel ist die Verlöbnistreue, welche wiederum in der ehelichen Treue ihr Gegenbild findet. Wie diese hat die Verlöbnistreue sowohl eine negative wie eine positive Seite. Sie gebietet den Verlobten einerseits, alles zu unterlassen, was geeignet ist, die Innigkeit des Verlobtenverhältnisses zu trüben, andererseits, alles zu thun, was zur bestimmungsmässigen Beendigung des Brautstandes führt, vor allem also

die Mitwirkung bei der Eheschliessung. Man kann nach der von Stutz vertretenen Auffassung die Analogie mit der Ehe sogar auf die Rücktrittsfolgen beim Verlöbnisse erstrecken, indem man ihnen die Ehescheidungsfolgen gegenüberstellt.[2])

III. Für die Konstruktion der in den §§ 1298 ff. statuierten Ersatzansprüche würden sich unter Zugrundelegung vorstehender Ausführungen nach der Stutz'schen Theorie folgende Sätze aufstellen lassen:

1. Sie beruhen auf der durch die Sitte vorgeschriebenen und durch das Gesetz sanktionierten Pflicht zur Verlöbnistreue.
2. Diese ist nicht Gegenstand des Vertrages, sondern eine von selbst gegebene Reflexwirkung des durch den Vertrag begründeten Familienstandes.
3. Ihre Verletzung und die sich anschliessenden Folgen sind daher ausserkontraktlicher, nicht kontraktlicher Natur, sodass sich in diesem Punkte die Stutz'sche Theorie mit der von uns als möglich bezeichneten Hellmann'schen Schutzgesetztheorie deckt.
4. Immerhin besteht ein mittelbarer rechtlicher Zusammenhang zwischen Wille und Wirkung, insofern erst die Willensübereinstimmung der Verlobten die Basis schafft, aus welcher die Treupflicht erwächst. Darin, dass dieser Zusammenhang ein rechtlicher, nicht bloss ein thatsächlicher ist, liegt das trennende Moment von der Hellmann'schen Theorie.

IV. Die Theorie des familienrechtlichen Hauptvertrages — das mag noch am Schlusse erwähnt werden — ist kein Originalprodukt von Stutz. Beispielsweise führt schon Ehrlich das Verlöbnis des Bürgerlichen Gesetzbuchs unter den auf Begründung eines Familienverhältnisses gerichteten Geschäften an.[3]) Keiner hat aber bisher mit so anerkennens-

[2]) Stutz a. a. O. S. 82, jetzt auch Habicht, Einwirkung auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse S. 524 Anm. 1.

[3]) Zwingendes und nichtzwingendes Recht S. 177. Vgl. auch Leske, Vergleichende Darstellung S. 626, welcher seltsamerweise die Pflicht zur Eheschliessung nur für eine sittliche hält, obwohl sie gerade eine Hauptwirkung des familienrechtlichen Verhältnisses darstellen würde; Niedner, Einführungsgesetz S. 35, 310, Habicht a. a. O. schon

werter Klarheit und Konsequenz diese Theorie verfochten; keiner hat es auch bisher unternommen, einen neuen Begriff für das Verlöbnis dementsprechend aufzustellen. Selbst Cosack, welcher im übrigen in der neusten Auflage seines Lehrbuchs vollständig auf den Schultern von Stutz steht, definiert nur das Verlobtenverhältnis, nicht aber den Verlobungsakt.[4])

§ 22.

Kritik der Stutz'schen Theorie.

I. Es lässt sich nicht leugnen, dass die Stutz'sche Theorie nach verschiedenen Richtungen hin recht beachtenswerte Aufschlüsse für das neue Verlöbnisrecht giebt. Dass weder auf Erfüllung noch auf das Erfüllungsinteresse geklagt werden kann, würde seine natürliche Erklärung darin zu finden haben, dass sich die Rechtswirkung des Verlöbnisvertrages in der unmittelbaren Entstehung des Verlobtenverhältnisses erschöpft, von einer Erfüllung des Vertrages also keine Rede mehr sein kann. Die Unzulässigkeit der Vereinbarung einer Konventionalstrafe ist verständlich, wenn man bedenkt, dass der Brautstandsinhalt wie der Inhalt jedes rein familienrechtlichen Verhältnisses von vornherein durch die sittliche und rechtliche Ordnung festgelegt und der Parteidisposition entrückt ist. Welche Rechtsfolgen sich an den Verlöbnisbruch knüpfen, bestimmt in souveräner Weise allein der Gesetzgeber. Dass ein Zwang zur Eingehung der Ehe nicht stattfindet, folgt aus dem allgemeinen Grundsatz, dass die Pflichten eines Familienstandes — und

in seiner 1. Auflage S. 375 ff. Der Standpunkt der vorgenannten drei Autoren ist allerdings ebenso wenig klar wie der Schmidt's bei Schmidt-Habicht, Kommentar S. 5 ff., welcher ausdrücklich das Verlöbnis als einen familienrechtlichen Vertrag nach Analogie der Eheeingehung charakterisiert und dann trotzdem wie schon in seiner Definition das Moment des Versprechens künftiger Eheschliessung in die rechtliche Behandlung hineinzieht.

[4]) II S. 426. Auch die Ausführungen in der Badischen Rechtspraxis 1900 S. 328 ff. weichen dem von Stutz mit Recht so scharf betonten Gesichtspunkte aus, dass das Verlöbnis als familienrechtlicher Hauptvertrag nicht mehr Versprechen künftiger Eheschliessung sein kann.

als eine dieser Pflichten ist ja die Eheschliessung nach der Stutz'schen Theorie anzusehen – keinem Rechtszwange unterliegen. Endlich würde es sich auch rechtfertigen, dass ausser dem verlassenen Verlobten dessen Eltern und dritte Personen, die an Stelle der Eltern gehandelt haben, Schadensersatz beanspruchen können. Das Verlöbnis ist eben nach Stutz nicht mehr ein Versprechen gegenüber einer bestimmten Person, sondern ein Akt, durch welchen jeder Verlobte gewissermassen schon der Familie des anderen eingegliedert wird.

II. Was aber in hohem Grade befremden muss, ist der Satz, mit welchem nach unserer Ansicht die Theorie des familienrechtlichen Hauptvertrages steht und fällt, dass das Verlöbnis nicht auf etwas Zukünftiges, sondern auf etwas Gegenwärtiges gerichtet ist. Wir müssen mit Dittenberger[1]) entschieden der Auffassung von Stutz entgegentreten, dass die wenigsten „von den Paaren, die sich in Deutschland jahraus jahrein verloben, wirklich die künftige Ehe sich versprechen." Es erscheint beinahe unbegreiflich, wie Stutz diese kühne Behauptung aufstellen konnte. Eine Verlobung ohne ein ausdrückliches oder mindestens stillschweigendes Eheversprechen, also ohne die beiderseitige bestimmte Absicht, einander künftig zu heiraten, ist ein Unding. Man mag in diesem Falle von einem Liebesverhältnisse sprechen, nicht aber von einer Verlobung. Die ganze Definition, welche uns Stutz von dem Verlobungsgeschäft giebt, ist nichts weiter als eine Definition durch eine neue Definition. Wann wollen denn, fragt man sich, die Parteien in die „bräutliche Lebensgemeinschaft" oder, wie Stutz an anderer Stelle definiert, in die „Verbindung von Mann und Frau zu beschränkter, den Abschluss der Ehe zwischen ihnen vorbereitender Lebensgemeinschaft„ treten? Doch nur, wenn ihnen die künftige Ehe als Ziel vorschwebt. Wie kann da Stutz behaupten wollen, dass „dieser Gedanke erst hinterher, manchmal erst gegen Ende des Verlöbnisses in den Vordergrund tritt"! Er schlägt sich ja, im Grunde genommen, durch seine eigene Definition. Denn wenn zwei Leute nicht in eine beliebige, sondern in eine der Vorbereitung der Ehe dienende Lebensgemeinschaft treten wollen, so muss sich eben notwendig ihr Wille von

[1]) Verlöbnisrecht S. 52 ff., 73, 99, 111 ff.

Anfang an auf die Ehe erstrecken. Es ist nichts anderes, als wenn zwei Personen zu einer gemeinsamen Reise die erforderlichen Vorbereitungen treffen; wenn sie nicht wirklich die Reise beabsichtigen, kann es sich auch nicht um Reisevorbereitungen handeln. Wollte man, wie es Stutz im Widerspruch mit sich selbst thut, die Absicht der künftigen Eheschliessung aus dem Verlöbniswillen ausscheiden, so entfällt bei der Formlosigkeit des Verlöbnisses eine Haupt- und oft die einzige Möglichkeit, Verlöbnisse von blossen Liebschaften oder sogenannten „Verhältnissen" zu unterscheiden. Woran soll man denn den Willen, Brautleute zu werden, erkennen? Aeusserlich können Verlöbnisse und Liebschaften ein völlig gleiches Aussehen haben. In beiden Fällen verkehren zwei Personen verschiedenen Geschlechts mit einander, in beiden Fällen besteht eine gewisse Lebensgemeinschaft. Diese kann sogar bei Liebschaften eine viel intensivere sein als bei Verlöbnissen. Man braucht nur daran zu denken, dass der Bräutigam eine Forschungsreise unternimmt und Monate, ja Jahre lang von der Braut getrennt ist. Man wende auch nicht ein, dass die Sitte des Ringwechsels und der Verlobungsanzeigen sowie andere Bräuche regelmässig keinen Zweifel über den Verlöbniswillen lassen. Einerseits sind derartige Bekundungen keineswegs allgemein üblich, andererseits bieten sie keinen sicheren Anhaltspunkt dafür, dass ein Verlöbnis vorliegt. Man begegnet bei Strafverfahren gegen Zuhälter nicht selten der Erscheinung, dass diese sowie die Frauenspersonen, denen sie Zuhälterdienste leisten, Verlobungsringe tragen und wohl auch einen alten Zeitungsausschnitt vorweisen, in welchem sie sich als Verlobte „empfehlen". Und doch wird niemand annehmen, dass diese Personen mit einander verlobt sind. Das entscheidende Kriterium ist und bleibt immer die innere irgendwie gegenseitig zum Ausdruck gebrachte Absicht, künftig die Ehe mit einander einzugehen. Ist diese Absicht nicht vorhanden, dient vielmehr die Lebensgemeinschaft der Unterhaltung, dem Geschlechtsgenusse, der Schutzgewährung oder einem anderen nur gegenwärtigen Zwecke, so kann von einem Verlöbnisse keine Rede sein. Schon die tägliche Praxis der Gerichte lehrt uns, dass man ohne diese Unterscheidung nicht auskommt. Wie oft hört man, wenn es sich um das

Recht der Zeugnisverweigerung handelt: „Wir sind beide mit einander verlobt“! Der unbefangene Richter, der weder die Stutz'sche noch die vorliegende Abhandlung gelesen hat, wird, um sicher zu gehen, instinktiv fragen: „Wollen Sie sich auch heiraten?“ Der Ausdruck „Verlobte“ ist eben nur eine abgekürzte Bezeichnung für solche, die sich die Ehe versprochen haben. Die Argumente, welche Stutz für seinen Standpunkt geltend macht, können sämtlich nicht für stichhaltig erachtet werden. Es mag wohl in den höheren Gesellschaftskreisen vorkommen, dass der Schwur der Treue oder das Geständnis der Liebe als Zeichen eines Verlöbnisses angesehen wird. In den niederen Volksschichten dürften solche poetischen und an den Romanstil anklingenden Formeln ziemlich selten sein. Der gemeine Mann drückt sich deutlicher aus; er fragt: „Willst Du meine Frau werden?“ An dieser Frage kann man Stutz ad absurdum führen. Nach ihm müsste sie nämlich lauten: „Willst Du meine Braut werden?“ In dieser Wendung würde aber das Volk eher den Versuch der Anknüpfung eines Liebesverhältnisses erblicken, weil es das richtige Gefühl hat, dass, wer sich wirklich verloben will, sofort mit dem Kernpunkt seiner Absicht, der künftigen Ehe, hervortritt. Der Antrag, Braut zu werden, lässt in den Augen des Volkes noch nicht auf den Verlöbniswillen schliessen, sondern erst ein Heiratsantrag. Die deutsche Sitte der Verlobungsanzeigen, auf die sich Stutz des weiteren beruft, beweist nach unserer Meinung garnichts. Es soll ja nicht bestritten werden, dass das Verlobtenverhältnis bei uns vielleicht eine grössere soziale Bedeutung hat als in Frankreich und Italien. Dadurch wird aber nichts an der Thatsache geändert, dass ein Verlobtenverhältnis nur besteht, wenn die künftige Ehe gewollt ist. Was endlich den Hinweis auf die Verlöbnisse anbetrifft, bei denen wegen des Alters der Verlobten oder wegen anderer Umstände der Gedanke an die künftige Eheschliessung nicht aufkommen kann, so stellen sie nur einen Missbrauch des Verlöbnisinstituts dar und können unmöglich für den Begriff des Verlöbnisses verwertet werden. Verloben sollte sich, abgesehen von der Fähigkeit überhaupt, im allgemeinen erst der, welcher eine mindestens naheliegende Aussicht auf die künftige Ehe hat, nicht der, dem nur die

entfernte Möglichkeit des dereinstigen Eheabschlusses vorschwebt.[2])

III. So ist denn der Konstruktionsversuch von Stutz, so grosse Vorzüge er auch für die Erklärung der Rücktrittsfolgen haben mag, als gescheitert zu betrachten. Indem Stutz von der bewährten Definition des Florentinus abgeht, stellt er die Thatsachen geradezu auf den Kopf. Bei seiner Ueberschätzung des Brautstandes sieht er in der Zukunft nur eine notwendige Folge der Gegenwart, während sich nach unserer Ansicht die Gegenwart erst naturgemäss aus der Zukunft ergiebt. Nicht der Brautstand ist beim Verlöbnisse gewollt, sondern die Ehe. Damit erledigt sich die Theorie des familienrechtlichen Hauptvertrages.

§ 23.

Theorie des familienrechtlichen Vorvertrages.

I. Will man das Verlöbnis als Vertrag konstruieren, so bleibt nach den bisherigen Ausführungen höchstens die Möglichkeit übrig, im Gegensatze zur Stutz'schen Theorie von einem familienrechtlichen Vorvertrage zu sprechen. In der That hat Endemann[1]) dieser Auffassung für das Bürgerliche Gesetzbuch Ausdruck gegeben. Man kann aber nicht sagen, dass sich seine Darstellung im einzelnen durch besondere Klarheit und Folgerichtigkeit auszeichnet. Ich möchte sogar behaupten, dass seine Ansicht nach den daran geknüpften Bemerkungen lediglich auf die von Stutz hinausläuft und, wenn man sich auf seinen eigenen Standpunkt stellt, die Bezeichnung als Vorvertrag nicht gerechtfertigt ist. Die Ursache seiner Unklarheit liegt meines Erachtens

---

[2]) Vgl. die Ausführungen in § 1. Die von Stutz a. a. O. S. 41 aufgestellte Parallele mit dem Vater, der seinen Sohn einem Handwerker in die Lehre giebt, um ihn Schuster werden zu lassen, ist, wie Dittenberger mit Recht betont, völlig verfehlt. In diesem Falle soll erst die Lehre den Befähigungsnachweis dafür erbringen, ob der Junge Schuster werden kann, während beim Verlöbnisse die Prüfung der Frage, ob die Ehe zwischen den Beteiligten erspriesslich sein wird, der Verlobung vorangehen soll, weil der Brautstand keine Probezeit ist.

[1]) Einführung II S. 600.

darin, dass er nicht wie Stutz den Verlobungsakt und das Verlobtenverhältnis scharf auseinanderhält. Er redet zunächst davon, dass diejenige Rechtsauffassung den Thatsachen am besten entspreche, „die das Verlöbnis als Vorvertrag oder Kausalgeschäft zum Ehevertrage hinstellt", fährt dann fort „aber nicht als Vertrag im obligatorischen Sinne, da jeder Erfüllungszwang ausgeschlossen ist," und kommt zu dem ganz unerwarteten Schlusse „sondern als ein vertragsmässig begründetes familienrechtliches Verhältnis, dessen Inhalt und Zweck der Vorbereitung der ehelichen Verbindung dient." Er fügt ausserdem noch in einer Anmerkung hinzu: „Auf die Auffassung, dass ein familienrechtliches Verhältnis nach dem Vorbild der Ehe vorliegt, ist das entscheidende Gewicht zu legen". Ich sollte meinen, dass damit ungefähr alles gesagt ist, was sachgemäss auf die Theorie des familienrechtlichen Hauptvertrages hindeutet.[2]) Man müsste den Begriff des Vorvertrages, um ihn mit den Endemann'schen Ausführungen zu vereinigen, geradezu vergewaltigen und zu der rein äusserlichen Bedeutung verflachen, dass er ein Verhältnis schafft, welches objektiv ein durch einen zweiten Vertrag begründetes Verhältnis vorbereitet.

II. Wir haben bereits festgestellt, dass der Verlöbniswille subjektiv mit der künftigen Ehe verknüpft ist. Die Theorie des familienrechtlichen Vorvertrages kann demnach nur den Sinn haben, dass das Verlöbnis oder, wie wir jetzt sagen dürfen, das Eheversprechen den Abschluss des Eheschliessungsvertrages zum Gegenstande hat und um dieser familienrechtlichen Leistung willen als familienrechtlicher Vorvertrag charakterisiert wird. Zum Unterschiede von der Stutz'schen Theorie ist nicht das Verlobtenverhältnis, sondern der Verlobungsakt das entscheidende Moment. Die Verpflichtung zur Eheschliessung entspringt aus dem Eheversprechen, nicht aus dem Brautstand. Dieser ist weder

[2]) Auf diese Inkonsequenz weist auch Stutz a. a. O. S. 42 Anm. 1 hin. Sie hat, wie erwähnt, ihren Grund in der Begriffsverwirrung von Verlobungsakt und Verlobtenverhältnis. Endemann geht von der ersten Bedeutung aus und stellt das Verlöbnis als Kausalgeschäft zum Ehevertrage hin, operiert aber dann plötzlich mit der zweiten Bedeutung.

objektiv noch subjektiv Selbstzweck; er ist überhaupt kein Verhältnis, aus dem erst sekundär besondere Wirkungen resultieren. Schon der gesunde Menschenverstand sträubt sich dagegen, die Pflicht zur Eheschliessung, das weitaus alles andere überragende Element, wie es Stutz thut, einfach auf eine Stufe mit den übrigen angeblichen Brautstandspflichten zu stellen; sie bildet vielmehr den Brennpunkt des Ganzen. Alle Pflichten, die sonst noch von Stutz als Brautstandspflichten betrachtet werden, sind nur ein natürliches Ergebnis der Verpflichtung zur Eheschliessung. Sie sind garnicht Wirkungen des Brautstandes, sondern „repräsentieren in ihrer Gesamtheit das, was man als Brautstand zu bezeichnen pflegt", den „Inbegriff der durch die Thatsache des Eheversprechens gezeitigten Erscheinungen in den persönlichen Beziehungen der Verlobten", wie es Dittenberger[3]) auch von seinem Standpunkte aus treffend definiert. Durch jedes beiderseitige Versprechen wird ein Zustand der Gebundenheit unter den Parteien geschaffen, welcher sich in mannigfachen positiven und negativen Pflichten ausprägt. Dass diese Gebundenheit beim Verlöbnisse gerade eine so innige ist, dass die Verlöbnistreue eine wichtigere Rolle spielt als die gewöhnliche Vertragstreue, hängt, wie schon an früherer Stelle ausgeführt wurde, mit der familienrechtlichen Natur der versprochenen Leistung zusammen.

III. Man wird hiernach der Theorie des familienrechtlichen Vorvertrages eine gewisse Berechtigung sicherlich nicht absprechen können. Aber man darf sich dabei andererseits eines nicht verhehlen, was bisher nicht erörtert worden ist, dass der Begriff des familienrechtlichen Vorvertrages in der Theorie keineswegs zweifelsfrei ist.[4]) Wir stehen vor

---

[3]) Verlöbnisrecht S. 56, 60, 99, 111.

[4]) Noch ein zweiter Punkt mag bei dieser Gelegenheit beiläufig berührt werden. Die Eheschliessung setzt als Formalakt notwendig ein Verlöbnis voraus. Es liegt in der Natur der Sache, wenn die §§ 1317, 1318 BGB. nur von den „Verlobten" sprechen. Jede Bethätigung des Eheschliessungswillens, also in letzter Linie der Gang zum Standesbeamten, kennzeichnet ein Verlobtenverhältnis, da zur Rechtsgültigkeit des Verlöbnisses ein formelles Eheversprechen nicht verlangt wird. Nun ist aber der Vorvertrag immer nur ein mögliches, nicht aber ein notwendiges Mittel zur Vorbereitung des Hauptvertrages.

der Frage: Giebt es überhaupt familienrechtliche Vorverträge oder, wie man zur Klärung der Begriffe besser sagen müsste, Vorverträge zu familienrechtlichen Hauptverträgen? Wir sind gewöhnt, die Vorverträge mit den pacta de contrahendo zu identifizieren. Letztere werden herkömmlich im Recht der Schuldverhältnisse behandelt. Danach können familienrechtliche Hauptverträge, da sie nicht geeignet sind, den Gegenstand einer Obligation zu bilden, nicht durch Vorverträge im technischen Sinne vorbereitet werden, und es ist sogar anzunehmen, dass der Ausdruck „pactum de contrahendo" zu der Zeit, in der er entstanden ist, nur auf Vorverträge zu obligatorischen Hauptverträgen bezogen wurde. Es ist bezeichnend, dass das Reichsgericht in seinen Entscheidungen Bd. 29 S. 98 hinsichtlich des Verlöbnisses von einem „pactum de contrahendo im weiteren Sinne" spricht. Nun sagt allerdings Degenkolb[5]) über das Anwendungsgebiet der Vorverträge: „Rein a priori betrachtet reicht es soweit als der Begriff des Vertrages. Daraus ergiebt sich, wenn nicht für das pactum de contrahendo, so doch für den Begriff des Vorvertrages, dass er sich auf die Zusicherung des Abschlusses obligatorischer Verträge nicht beschränkt." Er folgt aber dann in seiner Darstellung „aus Zweckmässigkeitsrücksichten" „der üblichen Beschränkung des Vorvertrages auf die Sphäre des pactum de contrahendo im technischen Sinne". Ebenso stellt auch Regelsberger[6]) den Begriff des Vorvertrages für sämtliche Gattungen von Hauptverträgen auf. Wenn man aber bedenkt, dass, wie Stutz[7]) richtig hervorhebt, alle wahren Vorverträge Sicherungsgeschäfte sind, indem sie den Zweck haben, dem Berechtigten einen bestimmten wirtschaftlichen Erfolg für die Zukunft zu sichern, so wird man doch schwankend werden, ob dies in gleicher Weise auch von den sogenannten familienrechtlichen Vorverträgen gelten kann. Hiervon konnte wohl unter der Herrschaft eines Rechts die Rede sein, welches

Vgl. Stutz a. a. O. S. 24 ff., 54 Anm. 1, Dittenberger a. a. O. S. 16 Anm. 2.

[5]) Die Lehre vom Vorvertrag (Arch. f. civ. Pr. Bd. 71) S. 20.

[6]) Endemann's Handbuch des Deutschen Handels-, See- und Wechselrechts II S. 420.

[7]) a. a. O. S. 34.

aus dem Verlöbnisse eine Klage auf das Erfüllungsinteresse gab und die Bekräftigung des Eheversprechens durch eine Konventionalstrafe gestattete, nicht aber nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, in welchem diese Anomalie verschwunden ist. Göppert[8]) tritt überhaupt der Ausdehnung des Vorvertragsbegriffs über das Gebiet des Obligationenrechts entgegen. Er sagt, nachdem er einzelne Beispiele von verschiedenen Hauptvertragsarten angeführt hat: „Nicht blosse Zweckmässigkeitsrücksichten, sondern das Gesetz juristischer Begriffsbildung nötigt, diese nur in spielender Betrachtung zulässige Zusammenstellung aufzugeben: es fehlt durchaus an Rechtssätzen, wodurch diese weite Masse gemeinschaftlich sich von allen andern Rechtsgeschäften unterschiede. Wir haben daher bei dem engern durch den alten Namen (pactum de contrahendo) begrenzten Begriffe stehen zu bleiben.“[9])

Wie man sich nun auch zu der eben angeregten Frage stellen mag, ob man nun beim Verlöbnisse von einem Vorvertrage im weiteren Sinne sprechen will, wogegen sich ja schliesslich nichts einwenden lässt, soviel wird man jedenfalls zugeben müssen, dass der Begriff des familienrechtlichen Vorvertrages in der juristischen Doktrin nicht über allen Zweifel erhaben ist. Während die Existenz familienrechtlicher Verträge heute so gut wie allgemein anerkannt ist, kann dies von den familienrechtlichen Vorverträgen nicht gesagt werden. Wir werden daher mit diesem Begriffe nicht als mit einer feststehenden Grösse rechnen und ihn unbedenklich der Entscheidung zu Grunde legen können, ob das Verlöbnis des Bürgerlichen Gesetzbuchs noch dem Gebiete der Verträge angehört oder aus demselben auszuschliessen ist. Wo sich wie in unserem Falle noch eine zweite Konstruktionsmöglichkeit für die Rechtsfolgen des Verlöbnisbruchs bietet, wird man sich nicht ohne weiteres auf eine in ihrer Basis zweifelhafte Theorie versteifen und alle Konsequenzen mit in den Kauf nehmen, welche sich aus ihr ergeben. Damit kommen wir auf die Hellmann'sche Schutzgesetztheorie zurück.

---

[8]) Zur Lehre von den pacta de contrahendo. (Krit. Vierteljahrsschrift f. Gesetzg. und Rechtsw. Bd. 14) S. 404.

[9]) Das BGB. stellt für die Vorverträge keine Regeln auf, giebt also keinen Anhaltspunkt für deren Begriffssphäre.

IV. Die Theorie des familienrechtlichen Vorvertrages und die Hellmann'sche Schutzgesetztheorie.

§ 24.

Allgemeines.

I. Wenn sich eine rechtsgeschäftliche und eine Thatsächlichkeitstheorie gegenüberstehen und man zwischen beiden wählen soll, ist man natürlich geneigt, für die erstere Partei zu ergreifen. Solange sich die Rechtsfolgen als ein Ausfluss des auf sie gerichteten Willens der Beteiligten darstellen lassen, erscheint es unnötig, sie unmittelbar aus der Rechtsordnung herzuleiten. Nun sind aber gerade beim Verlöbnisse die Rechtswirkungen, die das Bürgerliche Gesetzbuch normiert, so gestaltet, dass sie sehr wenig dem Willen der Nupturienten entsprechen. Ich will nicht davon reden, dass der verlassene Verlobte nicht das Erfüllungsinteresse für die nicht erzwingbare Handlung der Eheschliessung verlangen kann. Die Abschwächung des Interesseanspruchs auf den positiven Schaden liesse sich vielleicht durch das Leistungsobjekt erklären. Wie man aber die Ersatzansprüche dritter Personen oder gar den Defiorationsanspruch der geschwächten Braut auf den Willen der Verlobten zurückführen soll, ist nicht abzusehen. Ich meine also, dass es verkünstelt wäre, von dieser Seite ein Bedenken gegen die Ablehnung der Theorie des familienrechtlichen Vorvertrages geltend zu machen, wenn die Hellmann'sche Theorie eine bessere Erklärung für die erwähnten Erscheinungen abgiebt. Ebenso wenig wäre der Vorwurf gerechtfertigt, dass die Thatsächlichkeitstheorieen den Brautstand zu einem bloss thatsächlichen Verhältnisse erniedrigen. Es kann nicht darauf ankommen, ob der Brautstand ein thatsächliches oder ein Rechtsverhältnis ist, sondern darauf, dass seine Natur als besonders geartetes Treuverhältnis in der Theorie einen entsprechenden Ausdruck findet. Und das ist, wie wir sahen, gerade ein Vorzug der Hellmann'schen Theorie, welche die Treupflicht der Verlobten zur Rechtspflicht erhebt.

II. Bevor man sich für eine der beiden Theorieen entscheidet, wird man aber vor allem prüfen, zu welchen praktischen

Konsequenzen sie führen. Dieser Gesichtspunkt wird bei der Zweifelhaftigkeit der konstruktiven Lösung schliesslich den Ausschlag geben müssen. Diejenige Theorie wird den Vorzug verdienen, deren Resultate am meisten der Billigkeit entsprechen. Es kann dahingestellt bleiben, ob das Verlöbnis, was zuweilen in der Litteratur des neuen Rechts als Argument benutzt wird, von der bisherigen Volkssitte als Rechtsgeschäft angesehen worden ist.[1]) Die Frage ist die, ob auch nach dem veränderten Geiste des Bürgerlichen Gesetzbuchs diese Auffassung bei Berücksichtigung der sich aus ihr ergebenden Konsequenzen vom Volke gebilligt werden dürfte.

III. Die Hauptunterschiede zwischen der Vorvertrags- und der Schutzgesetztheorie treten bei Beantwortung der Frage hervor, unter welchen Voraussetzungen die §§ 1298 ff. zur Anwendung kommen. Wir wollen daher im Folgenden die Resultate beider Theorieen nach dieser Richtung hin einander gegenüberstellen, um hieraus zu einem Schlussergebnisse für die juristische Konstruktion des Verlöbnisses zu gelangen.

§ 25.

Die Voraussetzungen der Rücktrittsfolgen nach der Vorvertragstheorie.

I. Betrachtet man das Verlöbnis als einen Vertrag, so unterliegt es auch den allgemeinen Vorschriften über Rechtsgeschäfte und Verträge. Ist es also, wie beispielsweise Unzner[1]) des näheren ausführt, auf Grund der §§ 105, 116 bis 118 nichtig oder auf Grund der §§ 119, 120, 123 anfechtbar und rechtzeitig angefochten, so ist jeder Verlobte zum ersatzlosen Rücktritt berechtigt, weil es überhaupt an einem gültigen Verlöbnisse, der Voraussetzung für die Anwendung der §§ 1298 ff. fehlt. Dasselbe wäre der Fall, wenn das Eheversprechen von einer in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Person ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters gegeben wäre und der Vertreter die Genehmigung noch nicht erteilt oder verweigert hätte (§ 108),

[1]) z. B. Endemann, Einführung II. S. 599.
[1]) Planck IV S. 8, 11 ff.

oder wenn die versprochene Ehe gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstossen würde (§§ 134, 138).

II. Greifen wir hiernach zur Illustration einzelne Beispiele heraus:

1. Ein 14jähriges Mädchen verlobt sich auf Zureden ihrer Eltern mit einem jungen Manne, ohne ihm besonders zugethan zu sein. Da ihr gesetzlicher Vertreter, der Vater, seine Einwilligung gegeben hat, liegt ein rechtsgültiges Verlöbnis vor. Es kann zweifelhaft sein, ob in diesem Falle dem Mädchen später ein wichtiger Rücktrittsgrund zur Seite steht, insofern sie mehr aus Pietät gegen ihre Eltern als aus wirklicher Zuneigung das Verlöbnis eingegangen ist. Jedenfalls tritt sie nicht zurück, ist aber unvorsichtig genug, ein Verhältnis mit einem anderen anzuknüpfen und hierdurch den Verlobten zum Rücktritt zu veranlassen. Nehmen wir an, der Verlobte hätte in Erwartung der künftigen Ehe bereits vermögensrechtliche Dispositionen getroffen z. B. ein Anwesen in der Nähe des Brautvaters gekauft, das er jetzt nur mit Verlust wieder veräussern kann. Er wäre berechtigt, aus § 1299 Schadensersatz zu verlangen, ohne dass der Vater der Braut die Vermögensschädigung seiner Tochter verhindern könnte. Man wende nicht ein, dass das Mädchen erst 14 Jahre alt war. Ihre mangelnde Verstandesreife soll nach der Vertragstheorie gerade durch die Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters ersetzt werden; man denkt allerdings nicht daran, dass die Anerkennung der Gültigkeit des Verlöbnisses infolge Sanktionierung des gesetzlichen Vertreters dem Minderjährigen unter Umständen auch zum Nachteile gereichen kann. Soweit ich sehe, schrecken die Vertreter der Vertragstheorie sogar nicht vor der Konsequenz zurück, jeden Minderjährigen, der das siebente Lebensjahr vollendet hat, zur Eingehung eines Verlöbnisses für fähig zu erklären.[2]) Nur Endemann stellt stärkere rechtliche Anforderungen an

[2]) Stutz a. a. O. S. 62, Dittenberger a. a. O. S. 87, Planck IV S. 11, Staudinger, Kommentar IV S. 4, Schmidt-Habicht, Kommentar S. 9, Scherer, Familienrecht S. 3, Cosack, Lehrbuch II S. 426, Bendix, Das deutsche Privatrecht S. 647, Kuhlenbeck, Handkommentar II, 1 S. 2.

die Rechtsgültigkeit des Verlöbnisses: er verlangt Ehemündigkeit der Nupturienten.[3])

2. Ein 20jähriges Mädchen, das sich als Schneiderin selbständig von seiner Hände Arbeit ernährt und infolge häuslicher Zerwürfnisse die Eltern verlassen hat, verliebt sich in einen Mann, welcher alle Garantieen für eine glückliche Ehe zu bieten scheint. Nach reiflicher Ueberlegung kommt sie zu dem Entschlusse, ihn zu heiraten. Beide verloben sich in der ernstlichen Absicht, künftig mit einander die Ehe einzugehen. Der Versuch des Mädchens, die Einwilligung ihrer Eltern zu erlangen, ist an dem Widerstande des Vaters gescheitert, dem es offensichtlich eine Freude bereitet, als Vergeltung kraft seiner elterlichen Autorität dem Lebensglück seiner Tochter hindernd in den Weg zu treten. Der Bräutigam, welcher mit diesen Verhältnissen wohl vertraut ist, ist damit einverstanden, dass die Hochzeit erst stattfinden soll, wenn die Braut das 21. Lebensjahr erreicht hat, also der elterlichen Einwilligung nicht mehr bedarf. Er hat auch seinen Verwandten und Bekannten gegenüber keinen Hehl daraus gemacht, dass er verlobt ist, und seine Braut in deren Kreise eingeführt. Eines Tages lernt er aber ein anderes Mädchen kennen, welches ihm ein grosses Vermögen in die Ehe bringen würde. Das Geld lockt ihn, und er sinnt auf ein Mittel, sich von der Fessel des Verlöbnisses zu befreien, ohne ersatzpflichtig zu werden; denn er weiss, dass seine Braut in der berechtigten Erwartung, in der Ehe bald eine dauernde Versorgung zu finden, bereits einen grossen Teil ihrer Kundschaft aufgegeben und mannigfache Anschaffungen für den Ehestand gemacht hat. Da fällt ihm ein, dass eigentlich überhaupt kein gültiges Verlöbnis vorliegt, da Minderjährige zum Abschlusse von Rechtsgeschäften, durch die sie eine Verpflichtung übernehmen, der Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters bedürfen, diese aber ausdrücklich von dem Vater der Braut verweigert worden ist. Bevor noch die Braut von seinem zweiten Verhältnisse etwas erfahren hat, tritt er unter Berufung auf die Nichtigkeit des Verlöbnisses zurück. In diesem Falle wäre die Braut völlig schutzlos gegenüber dem

[3]) Einführung II S. 601.

Treubruch ihres Verlobten. Sie hat vielleicht durch die gegen den Willen der Eltern erfolgte Verlobung die Brücke, welche sie noch mit dem Elternhause verband, ganz und gar abgebrochen, noch mehr, sie hat dem Bräutigam ihre Geschlechtsehre geopfert, weil sie bestimmt auf die demnächstige Ehe rechnen konnte. Aber nein! Die Vertragstheorie sagt: Für mich war ein Verlöbnis garnicht vorhanden; es kann also von einem Eintritt der in den §§ 1298 ff. statuierten Ersatzfolgen keine Rede sein.[4])

3. Ein Verlobter befindet sich bei Abgabe der Verlöbniserklärung in einem unentschuldbaren Irrtum über Eigenschaften des anderen Verlobten, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden, z. B. über Alter, Vermögen oder Religion. Der andere Teil konnte den Umständen nach annehmen, dass der Irrende über die betreffenden Verhältnisse orientiert war. Man kann in einem solchen Falle mit Unzner sagen, dass ein den ersatzlosen Rücktritt rechtfertigender wichtiger Grund nicht vorliegt, da ein leichtsinniges Eheversprechen ein Unrecht ist, welches eine Schadloshaltung erheischt.[5]) Nach Entdeckung seines Irrtums wird dem Irrenden nun von einem rechtskundigen Freunde geraten, bei Leibe nicht vom Verlöbnisse zurückzutreten, sondern dasselbe unverzüglich wegen Irrtums auf Grund des § 119 Abs. 2 anzufechten. Der Erfolg ist ein überraschender, weil bisher, wie regelmässig, nur die Eltern des anderen Verlobten Aufwendungen in Erwartung der Ehe gemacht haben. Würde er nämlich vom Verlöbnisse zurücktreten, so wäre er gemäss § 1298 den Eltern ersatzpflichtig. So aber hat er nach § 122 lediglich dem anderen Verlobten, dem gegenüber die Willenserklärung erfolgt ist, den Schaden zu ersetzen, den dieser durch das Vertrauen auf die Gültigkeit der Verlöbniserklärung erleidet. Diese Ersatzpflicht darf indes nicht über das Interesse, welches der andere Verlobte an der Gültigkeit des Verlöbnisses hat, hinausgehen. Da nun für dieses wiederum § 1298 massgebend ist, treffen den Irrenden keinerlei vermögensrechtliche Nachteile.

---

[4]) Vgl. auch Hellmann a. a. O.

[5]) Planck IV S. 11.

§ 26.

Die Voraussetzungen der Rücktrittsfolgen nach der Schutzgesetztheorie.

I. Es wird vielfach in der Litteratur darauf hingewiesen, dass die Frage, ob das Verlöbnis ein Vertrag oder nur ein thatsächliches Eheversprechen ist, praktisch kaum von erheblicher Bedeutung sein dürfte.[1]) Man sagt, dass diejenigen Umstände, welche nach allgemeinen Grundsätzen die Unwirksamkeit des Verlöbnisvertrages herbeiführen würden, sei es von vornherein oder infolge nachträglicher Anfechtung, regelmässig auch als wichtige Rücktrittsgründe betrachtet werden können. Vom theoretischen Standpunkte macht man jedoch den Thatsächlichkeitstheorieen den Vorwurf der Unnatürlichkeit und Künstelei, insofern sie oft erst auf einem Umwege zu den Resultaten gelangen sollen, welche die rechtsgeschäftlichen Theorieen von Anfang an ergeben. Unzner[2]) betont insbesondere, dass bei Verlöbnissen geschäftsunfähiger oder im Zustande der Bewusstlosigkeit befindlicher Personen das Künstliche der Thatsächlichkeitstheorieen krass hervortritt. Thatbestände, welche, als Rechtsgeschäfte angesehen, bedeutungslos sind, sollen hier rechtlichen Bestand haben und erst durch die Berufung auf einen wichtigen Rücktrittsgrund ihre Wirksamkeit verlieren. Gerade weil die Tendenz des Bürgerlichen Gesetzbuchs offenbar dahin geht, die rechtlichen Wirkungen des Verlöbnisses abzuschwächen, nicht aber dieselben zu erhöhen, bezeichnet es Unzner als höchst auffallend, wenn das Gesetz, um diesen Zweck zu erreichen, die Erfordernisse eines Verlöbnisses zunächst gegenüber den allgemeinen Grundsätzen abschwächte, dann aber die Konsequenzen dieser Erfordernisse mittelbar dadurch wieder zu erreichen suchte, dass es den Mangel jener Erfordernisse als einen wichtigen Grund für den Rücktritt behandeln würde.[3])

Es ist zuzugeben, dass die Auffassung Unzner's von dem Wesen der Thatsächlichkeitstheorieen ein schwer-

---

[1]) z. B. Planck IV S. 8, Schmidt-Habicht S. 8.
[2]) Planck IV S. 11.
[3]) Planck IV S. 9.

wiegendes Argument gegen deren Annahme bilden würde. Ja, man müsste, wenn man sich dieser Auffassung anschliesst, sogar noch weiter gehen und mit Dittenberger auch auf die bedenklichen praktischen Konsequenzen aufmerksam machen, welche die Anschauung von der thatsächlichen Natur des Verlöbnisses nach sich ziehen kann. Man darf nämlich die Nichtigkeits- und Anfechtungsgründe nicht, wie es meist geschieht, lediglich unter dem Gesichtspunkt wichtiger Rücktrittsgründe betrachten. Die Frage nach der juristischen Konstruktion des Verlöbnisses ist doch praktisch nicht so irrelevant, als es anfangs scheinen mag. Zuweilen wird es sich darum handeln, ob vor dem Rücktritt ein gültiges Verlöbnis vorhanden ist. Dittenberger führt als Beispiel an, dass zwei halbbürtige Geschwister in Kenntnis ihres Verwandtschaftsverhältnisses sich verloben und der eine Teil den anderen durch sein Verschulden zum Rücktritt veranlasst.[4]) Die rechtsgeschäftliche Theorie würde sagen, dass ein solches Verlöbnis, da das Gesetz die Ehe zwischen halbbürtigen Geschwistern verbietet, gemäss § 134 nichtig ist, der § 1299 also nicht zur Anwendung kommen kann. Anders aber gestaltet sich das Resultat nach der Thatsächlichkeitstheorie, wenn man sich auf den Standpunkt von Unzner stellt, welcher auch von Dittenberger mit grosser Schärfe vertreten wird. Hiernach wäre das Verlöbnis gültig, weil ein thatsächliches Eheversprechen vorliegt und dieses in jedem Falle genügen soll. Der schuldhafte Teil wäre allerdings wegen eines wichtigen Grundes zum ersatzlosen Rücktritt berechtigt gewesen; da er aber bis zu dem Augenblick seines schuldhaften Verhaltens von diesem Rücktrittsrecht keinen Gebrauch gemacht hat, ist er dem anderen Verlobten, der nunmehr seinerseits zurücktritt, aus § 1299 ersatzpflichtig. Wir hätten demnach die „merkwürdige Erscheinung“ vor uns, dass „die Auflösung eines thatsächlichen Verhältnisses, dessen sinngemässe und normale Erledigung das Gesetz mit Strafen belegt, durch die Festsetzung vermögensrechtlicher Nachteile an dem die Auflösung veranlassenden Teile geahndet wird“.[5])

[4]) a. a. O. S. 95. 34.

[5]) Dittenberger a. a. O. Uebrigens ist hervorzuheben, dass die Beantwortung der Frage, ob das Verlöbnis Vertrag oder Thatsache

II. Diesem widerspruchsvollen Ergebnisse gegenüber müssen wir uns aber fragen, ob denn die Thatsächlichkeitstheorie wirklich so zu verstehen ist, wie es von Unzner, Dittenberger u. a. geschieht. Soll wirklich das Eheversprechen, das ein Trunkener lallt oder ein 6jähriges Kind abgiebt, als eine Thatsache gelten, deren rechtliche Bedeutung erst durch Zuhülfenahme eines wichtigen Rücktrittsgrundes beseitigt werden kann? Hier wird der gesunde Menschenverstand schon begrifflich kaum ein eigentliches Eheversprechen, geschweige denn ein Verlöbnis annehmen, weil von einer ernstlichen, auf vernünftigen Erwägungen beruhenden Absicht der künftigen Eheschliessung überhaupt nicht die Rede sein kann. Es ist auch keinem Vertreter der Thatsächlichkeitstheorieen eingefallen, eine derartige Behauptung aufzustellen; diese sonderbaren Konsequenzen werden den Thatsächlichkeitstheorieen erst von deren Gegnern untergeschoben und zwar deshalb untergeschoben, weil man von einer falschen Prämisse ausgeht. Wenn das Verlöbnis für eine Thatsache erklärt wird, so ist doch damit noch nicht gesagt, dass nun jede Thatsache, welche äusserlich ein Eheversprechen enthält, auch ein Verlöbnis ist. Es ist vollkommen richtig, wenn Dittenberger[6]) bemerkt: „Ein nur thatsächliches Verhältnis hat keine rechtlichen Beziehungen und kann deshalb auch nicht rechtlicher Erfordernisse ermangeln.“ Ein Mangel, welcher bei den Vertragstheorieen ein rechtlicher ist, kann aber zugleich ein thatsächlicher sein. Es giebt eben nicht nur rechtliche, sondern auch thatsächliche Erfordernisse, welche eine Thatsache erst zu dem stempeln, was wir Verlöbnis nennen. Dazu gehört vor allen Dingen, dass ein ernstgemeintes Eheversprechen

---

ist, auch in Betracht kommt bei den erbrechtlichen Vorschriften, in denen den Verlobten eine Sonderstellung zugewiesen ist (§§ 2077 Abs. 2, 2275 Abs. 3, 2276 Abs. 2, 2279 Abs. 2, 2290 Abs. 3 S. 2, 2292, 2347 Abs. 1, 2351, 2352), sowie bei den das Verlobtenverhältnis berücksichtigenden öffentlichrechtlichen Bestimmungen (§§ 52, 54, 213, 232 Abs. 2, 247, 257 Abs. 2, 263 Abs. 4 St.G.B., §§ 51 Abs. 1 Z. 1, 54, 57, 76 St.P.O., §§ 383 Abs. Z. 1, 393 Abs. 1 Z. 3, 408 C.P.O.). In allen diesen Fällen ist von einem Rücktritt noch nicht die Rede; es muss untersucht werden, ob von Anfang an ein gültiges Verlöbnis vorliegt.

[6]) a. a. O. S. 24 Anm. 3.

vorliegt, ohne dass man diese Eigenschaft ausdrücklich in die Definition aufnimmt. Ein solches wird aber in gleicher Weise wie bei Liebschaften auch dann zu verneinen sein, wenn es nur zum Scherze erfolgt ist. Es bedarf nicht erst der Heranziehung des § 118, um zu dem Schlusse zu kommen, dass scherzweise Eheversprechen keine rechtlichen Folgen haben können; das ergiebt sich einfach aus dem Begriff des Verlöbnisses.[7]) Ferner wird man als ein thatsächliches, ebenfalls aus dem Begriffe des Verlöbnisses herzuleitendes Erfordernis aufstellen müssen, dass die Personen, welche sich die Ehe versprechen, nach ihrem Alter, ihrer sittlichen und geistigen Reife und den obwaltenden Umständen von dem Wesen und der Bedeutung des Verlöbnisses eine genügende Vorstellung haben. Geisteskranke und Kinder unter sieben Jahren können sich vielleicht die Ehe versprechen, aber sich nicht verloben. Dass aus diesem Grunde die Vorschriften über rechtsgeschäftliche Willenserklärungen in gewissem Umfange zur Richtschnur dienen können, ist selbstverständlich. Es ist daher keineswegs so unberechtigt, wie es nach der Polemik Dittenberger's erscheint, wenn Matthiass, obwohl er ein Anhänger der Thatsächlichkeitstheorie ist, das Verlöbnis als Willensakt nach den Bestimmungen über rechtsgeschäftliche Willenserklärungen beurteilt.[8]) Endlich wird auch in den Fällen, in welchen die versprochene Ehe gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstösst, nach der Natur der Sache kein Zweifel darüber bestehen, dass das Eheversprechen nicht als Verlöbnis angesehen werden kann, ohne dass man sich auf die §§ 134, 138 zu stützen braucht.[9]) Dittenberger[10])

---

[7]) Dasselbe ist auch bei Scheinverlöbnissen der Fall.

[8]) Matthias, Lehrbuch II S. 226, Dittenberger a. a. O. S. 32 Anm. 1, 150 Anm. 1. Uebrigens legen die Motive II S. 127 die Uebertragung der für Rechtsgeschäfte gegebenen Vorschriften auch auf Nichtrechtsgeschäfte nahe.

[9]) Uebrigens wird man die auch nach den Vertragstheoricen offene Frage, ob der gutgläubige Verlobte gegen den anderen Teil, welcher wusste, dass ein gültiges Verlöbnis nicht zu stande gekommen war, die Ansprüche aus den §§ 1298 ff. geltend machen kann, aus Billigkeitsrücksichten bejahen müssen. Die Deliktsbestimmungen werden häufig nicht ausreichen. Die Stutz'sche Theorie hat hier den Vorteil, dass sie sich auf die Analogie von § 1345 BGB. stützen kann.

verkennt die wahre Bedeutung der Thatsächlichkeitstheorie, wenn er im Anschlusse an das oben erwähnte Beispiel eines Eheversprechens zwischen halbbürtigen Geschwistern von ihr sagt: sie „betrachtet das Verlöbnis lediglich unter dem Gesichtspunkte der ernsten und ehrlichen Absicht der Verlobten zur künftigen Eheschliessung und abstrahiert völlig von der Thatsache dieser Eheschliessung insofern, als sie deren bereits jetzt sicher vorauszusehende Mängel, eventuell deren Undurchführbarkeit, lediglich im Interesse der Verlobten als wichtige Rücktrittsgründe anerkennt. Während also das zwingende Eherecht die Schliessung der Ehe von bestimmten Erfordernissen in weitem Umfange abhängig macht, erfordert die erwähnte Anschauung bei der Vorbereitung der Ehe durch das Verlöbnis keine Berücksichtigung der im öffentlichen Interesse aufgestellten zwingenden Rechtssätze und leugnet damit eine durch den besonderen Inhalt des Eheversprechens begründete besondere Stellung desselben.“ Das heisst, die Begriffe ihres inneren Kerns berauben und zu wesenlosen, mathematischen Grössen herabwürdigen. Ein Verlöbnis, welches von der Thatsache der Eheschliessung abstrahiert, ist begrifflich gerade so unsinnig, wie ein Verlöbnis ohne Eheschliessungsabsicht. Hier fehlt das subjektive, dort das objektive Moment. Das Verlöbnisinstitut dient seinem Wesen nach der Vorbereitung einer Ehe. Ist diese unmöglich, weil sie gesetzlich verboten ist, so mangelt es dem Eheversprechen an einem wesentlichen Erfordernisse, um ein Verlöbnis zu sein. Es genügt auch nach der Thatsächlichkeitstheorie nicht die „ernste und ehrliche Absicht der Verlobten zur künftigen Eheschliessung“, um ein Verlöbnis im eigentlichen Sinne zu begründen. Massgebend für den Verlöbnisbegriff sind, wie Hellmann [11]) unseres Erachtens treffend hervorhebt, „unsere

---

Vgl. Cosack, Lehrbuch II S. 426. Bezüglich des Geschenkrückforderungsrechts lässt sich durch § 119 nachhelfen, da die Schenkung jedenfalls ein Vertrag ist, der der Anfechtung wegen Irrtums über die Eigenschaft des Beschenkten als Verlobter unterliegt. Vgl. auch Dittenberger a. a. O. S. 137, Schmidt-Habicht S. 25, Planck IV S. 15, Stutz a. a. O. S. 83.

[10]) a. a. O. S. 34.

[11]) a. a. O. S. 221.

Sitten und konventionellen Anschauungen". Diese gestatten nicht, von einem Verlöbnisse zu reden, wenn der Zweck des Eheversprechens den im öffentlichen Interesse aufgestellten zwingenden Vorschriften des Eherechts widerstreitet, oder wenn das Eheversprechen wie z. B. regelmässig bei verheirateten oder bereits verlobten Personen vom moralischen Standpunkte aus verwerflich ist. Hier kann ein sittliches Treuverhältnis, welches eine besondere Behandlung rechtfertigt, nicht anerkannt werden. Es ist bezeichnend, dass die reichsgerichtliche Praxis in Strafsachen vor dem 1. Januar 1900, wo die Gültigkeit des Verlöbnisses noch vielfach an eine bestimmte Form gebunden war, sich einfach über dieses Erfordernis hinwegsetzte und die Frage, welche Personen als Verlobte im Sinne des Gesetzes anzusehen seien, aus der natürlichen Volksanschauung heraus entschied.[12]) Warum soll nicht auch in materieller Hinsicht das Taktgefühl des Richters im Einzelfalle darüber befinden können, ob ein Verlobtenverhältnis vorliegt?

§ 27.

Vorzug der Schutzgesetztheorie.

I. Geht man davon aus, dass die Frage, ob es sich um ein wirkliches Verlöbnis handelt, nicht abstrakt, sondern nach unseren Sitten und gesellschaftlichen Anschauungen zu entscheiden ist, so gelangt man zu einer richtigen Würdigung der Thatsächlichkeitstheorieen und speziell der Hellmann'schen Schutzgesetztheorie. Die scharfsinnigen Ausführungen von Unzner, Dittenberger u. a., welche den Unterschied zwischen den rechtsgeschäftlichen und den Thatsächlichkeitstheorieen beleuchten sollen, kommen damit grossenteils in Wegfall. Das Verlöbnis ist allerdings eine Thatsache, aber eine bestimmt qualifizierte Thatsache. Diese Qualifikationen mögen häufig mit denjenigen übereinstimmen, welche der Gesetzgeber für Rechtsgeschäfte erfordert, sie müssen es aber nicht unbedingt. Bei der Schutzgesetztheorie ist der Richter nicht absolut an die allgemeinen Grundsätze

[12]) z. B. Bd. 10 S. 117.

über die Wirksamkeit und Unwirksamkeit von Rechtsgeschäften gebunden; er hat freie Hand und braucht nicht Konsequenzen zu ziehen, die nach dem gesunden Menschenverstand offenbar unvernünftig oder unbillig sind. Von diesem Standpunkte aus wird man kaum auf den Gedanken verfallen, bei einem Eheversprechen eines 12- oder 14-jährigen Mädchens ein Verlöbnis anzunehmen, wenn der gesetzliche Vertreter seine Zustimmung erteilt hat. Man wird sich sagen, dass das Verlöbnis als Vorstufe zur Ehe eine höchstpersönliche Angelegenheit ist und die hierzu erforderliche sittliche Reife und freie Selbstbestimmung nach unseren sozialen Anschauungen einem Mädchen von 14 Jahren nicht zugetraut werden kann. Andererseits wird man das Vorhandensein eines Verlöbnisses nicht einfach deshalb verneinen, weil das Mädchen noch nicht 21, sondern erst 20 Jahre alt ist und die Einwilligung ihres halsstarrigen oder unverständigen Vaters oder Vormunds nicht hat erlangen können.[1]) Wir entgehen damit dem unerquicklichen Resultat, dass der Bräutigam ein Verhältnis, welches unser Volk den Umständen nach durchaus als ein Verlobtenverhältnis betrachten würde, aus ganz frivolen Motiven ungestraft lösen kann, indem er einen formaljuristischen Grund zum Vorwand nimmt. Die Schutzgesetztheorie wird nach dem wahren Grunde forschen, welcher den treulosen Bräutigam zum Rücktritt bestimmt, und der getäuschten Braut den Rechtsschutz nicht versagen.

Schliesslich bietet die Schutzgesetztheorie auch den Vorteil, dass sie den Begriff der Anfechtung eines Verlöbnisses nicht kennt und infolgedessen einen völlig überflüssigen Ballast über Bord werfen kann, mit dem sich die Vertragstheorieen abmühen. Wozu bedarf es noch einer Anfechtung des Verlöbnisses unter Anwendung besonders normierter Fristbestimmungen, wenn doch mindestens jeder Anfechtungs-

[1]) Hellmann a. a. O. S. 218: „Dergleichen lässt sich verstehen vom Standpunkte einer Rechtsordnung aus, die klipp und klar dem Verlöbnis die Eigenschaft eines Vertrages zuschreibt, diesen Vertrag etwa noch an bestimmte Formen knüpft und seine Erzwingbarkeit statuiert, ausserdem am Ende noch mit einem allgemeinen Defloration sanspruche nachhilft, niemals aber vom Standpunkte eines Gesetzes, das in alle dem vom Gegenteil ausgeht.“

grund zum Rücktritt berechtigt? Wozu noch ein spezielles minus, das schon in dem allgemeinen plus enthalten ist? Man sehe nur, zu welchen spitzfindigen und umständlichen Erwägungen Dittenberger kommt, um nachzuweisen, dass bei Anfechtung des Verlöbnisses wegen entschuldbaren Irrtums der Irrende von der Ersatzpflicht befreit ist, und man wird den Thatsächlichkeitstheorieen wahrhaftig keine Künstelei vorwerfen können. Er konstruiert folgendermassen[2]): „Der anfechtungsberechtigte Verlobte hat es nach § 143 BGB. in der Hand, ob er das Verlöbnis durch Erklärung gegenüber dem anderen Teil anfechten will; thäte er dieses jedoch, so würde er nach § 122 BGB. dem anderen Teile ersatzpflichtig werden; deshalb ficht er das Verlöbnis nicht an, sondern bestätigt es gemäss § 144 BGB. Dann ist das Verlöbnis gültig, und es tritt nunmehr die wesentliche Folge ein, dass der § 122 BGB. für die vermögensrechtliche Beurteilung der Verlöbnisauflösung ausscheidet und lediglich der § 1298 massgebend bleibt. Nunmehr erklärt der vormals Anfechtungsberechtigte seinen Rücktritt auf Grund der die Anfechtung begründenden Thatsachen und ist, da ihn kein Verschulden trifft, durch die Vorschrift des § 1298 Abs. 3 gegen jedwede Ersatzpflicht genügend geschützt.“ Diese Deduktionen mögen des juristischen Interesses nicht entbehren, sie zeigen aber nur das Bestreben, eine bei konsequenter Durchführung der Vertragstheorie sich ergebende Unbilligkeit zu beseitigen. Nun meint allerdings Dittenberger, dass sich der Vorgang in der Praxis so abspielen wird, dass der Anfechtungsberechtigte erklärt: „Ich trete auf Grund dieser und dieser Thatsachen vom Verlöbnis zurück,“ und dass diese Erklärung regelmässig einen Verzicht auf das Anfechtungsrecht involviert, da ein Rücktritt nur bei einem gültigen Verlöbnis Bedeutung hat.[3]) Wie aber, wenn der Irrende wirklich in Unkenntnis der sich daran knüpfenden Folgen von seinem angeblichen Anfechtungsrecht Gebrauch macht? Soll er etwa schlechter gestellt sein als der, welcher zurücktritt? Und umgekehrt, wenn bei unentschuldbarem Irrtum der Irrende das Verlöbnis anficht, weil er weiss, dass er dann

[2]) a. a. O. S. 78.
[3]) a. a. O. S. 78 Anm. 2.

nur dem anderen Verlobten, nicht aber dritten Personen ersatzpflichtig ist: soll er besser gestellt sein als der Zurücktretende? In beiden Fällen ist das Resultat dasselbe, die Auflösung des Verlobtenverhältnisses; in beiden Fällen handelt es sich um die Frage, ob ein Verschulden des Irrenden vorliegt oder nicht. Es ist nicht anzunehmen, dass es dem Geiste des Gesetzes entspricht, von der Verschiedenheit der angewendeten Mittel den Eintritt verschiedener Rechtswirkungen abhängig zu machen.[4])

II. Wenn man hiernach erwägt, dass

1. die Gestaltung des Verlöbnisrechts im Bürgerlichen Gesetzbuch uns durchaus nicht zu der Auffassung zwingt, dass das Verlöbnis ein Vertrag ist,
2. das Verlöbnis als Vertrag nur ein familienrechtlicher Vorvertrag sein könnte und die Kategorie dieser Verträge nicht als eine feststehende Grösse innerhalb des Rechtssystems anzusehen ist,
3. die Vertragstheorieen in ihren praktischen Konsequenzen sowohl zu Unbilligkeiten als auch zu innerlich nicht gerechtfertigten Ungleichheiten führen können,

so wird man unbedingt der Hellmann'schen Schutzgesetztheorie den Vorzug geben. Es darf uns nicht beirren, dass nach dieser Theorie die Voraussetzungen eines Verlöbnisses nicht durch Rechtsregeln bestimmt umgrenzt sind. Man wird darauf vertrauen dürfen, dass das Taktgefühl des deutschen Richters „unter Würdigung der Umstände des einzelnen Falls, insbesondere unter Berücksichtigung der Sitte, des Anstandes und der rechtlichen

[4]) Man denke nur an den Fall, dass sowohl der andere Verlobte wie dessen Eltern grosse Aufwendungen in Erwartung der Ehe gemacht haben. Der Irrende ist im Zweifel, ob sein Irrtum vom Richter als ein entschuldbarer angesehen werden wird. Da er das Gegenteil fürchtet, ficht er das Verlöbnis an, um jedenfalls der Ersatzpflicht gegenüber den Eltern zu entgehen. Seine Furcht war aber unbegründet, und nun steht er vor der Notwendigkeit, dem anderen Teile Schadensersatz leisten zu müssen, während er beim Rücktritt frei ausgegangen wäre. Es wäre also mitunter eine reine Spekulation, ob man anficht oder zurücktritt.

Voraussetzungen einer Eheschliessung die richtige Entscheidung finden wird“[5]), ob zwei Personen, die sich die Ehe versprochen haben, auch verlobt sind.

Nachwort.

Nachdem die vorliegende Arbeit vollendet war, hat neuestens Goldmann „Zur Rechtsnatur des Verlöbnisses“ (Deutsche Juristen-Zeitung 1901 S. 432/33) gegen Hellmann Stellung genommen, indem er behauptet, dass die Konsequenzen, welche Hellmann's Widerspruch herausfordern, sich nicht notwendig aus der Vertragstheorie ergäben. Er erklärt den § 107 BGB. sowie die Anfechtungslehre im Gegensatze zu allen übrigen Anhängern der Vertragstheorie auf das Verlöbnis für unanwendbar, ersteres, weil man beim Verlöbnisse nicht davon sprechen könne, dass es eine Willenserklärung sei, durch die der Erklärende nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlange, letzteres, weil die Anfechtungslehre nach allgemeinen Grundsätzen der Rücktrittslehre als der lex specialis weichen müsse. So kommt er zu dem Schlusse, dass alle Personen, die das 7. Lebensjahr erreicht haben, ohne Rücksicht auf die Zustimmung eines Dritten verlöbnisfähig seien, und dass das Verlöbnis niemals der Anfechtung unterliege.

Wenn man auch zugeben muss, dass die Goldmann'sche Ansicht über die Anfechtbarkeit des Verlöbnisses immerhin einen Ausweg bietet, um die bei der Vertragstheorie hervortretenden Ungleichheiten zu vermeiden, so kann doch seinen sonstigen Ausführungen nicht beigestimmt werden.

Schon die negative Fassung des § 107 weist darauf hin, dass grundsätzlich zu allen Willenserklärungen, welcher Natur sie auch seien, die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters erforderlich ist, und dass nur für solche Willens-

[5]) Prot. I S. 5837.

erklärungen, durch die der Erklärende offenbar lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt, eine Ausnahme Platz greift. Das Verlöbnis erzeugt eine rechtliche Verpflichtung zur Eingehung der Ehe, deren Verletzung unter Umständen empfindliche vermögensrechtliche Nachteile im Gefolge haben kann. Ob man es deshalb geradezu als ein nachteiliges Geschäft bezeichnen soll, mag dahingestellt bleiben; jedenfalls trifft die in § 107 statuierte Einschränkung in diesem Falle nicht zu. Auch die Sondervorschrift des § 1304 bildet kein zwingendes Argument gegen die Anwendbarkeit des § 107 auf das Verlöbnis als Vertrag, wie Goldmann annimmt. Sie beweist nicht, dass das Gesetz Rechtsgeschäfte kennt, auf die der § 107 keine Anwendung findet, sondern nur, dass der Gesetzgeber die Voraussetzungen der Eheschliessung und die sich daran knüpfenden Ehehindernisse wegen ihrer hervorragenden rechtlichen Bedeutung im Zusammenhange erschöpfend normieren wollte. Endlich erscheint es fraglich, ob die Goldmann'sche Auffassung, wonach jede beschränkt geschäftsfähige Person verlöbnisfähig ist, überall zu billigen praktischen Konsequenzen führen würde. Man denke an den Fall, dass ein Minderjähriger ein an sich unvernünftiges Verlöbnis in der durchaus ernsten Absicht der künftigen Heirat eingeht und von seinem Rücktrittsrecht keinen Gebrauch mehr machen kann, weil er seinerseits den anderen Teil durch ein schuldhaftes Verhalten zum Rücktritt veranlasst hat. Der § 118 BGB. bietet keinen Schutz, weil die Willenserklärung ernstlich gemeint war. Demnach wäre der Minderjährige zweifellos ersatzpflichtig. Wollte man etwa annehmen, dass wegen der mangelnden Reife des Minderjährigen von einem schuldhaften Verhalten desselben nicht die Rede sein kann, so käme man zu dem widerspruchsvollen Resultat, dass man einerseits den Minderjährigen für völlig verlöbnisfähig erklärt, andererseits aber seine Handlungen nicht als die eines völlig Verlöbnisfähigen beurteilt.

Im übrigen hat Goldmann eine positive Begründung der Vertragstheorie nicht versucht und daher die Schwierigkeiten der rechtlichen Qualifizierung des Verlöbnisvertrages garnicht berührt.

Lebenslauf.

Am 6. September 1876 wurde ich, Leopold Nathan, als Sohn des im Jahre 1894 verstorbenen Kaufmanns Heimann Nathan und seiner Ehefrau Rosa geb. Hirschhorn zu Berlin geboren. Meine erste Schulbildung erhielt ich von Ostern 1884 bis Michaelis 1887 auf der Grimm'schen höheren Knabenschule zu Berlin. Bis Michaelis 1890 besuchte ich daselbst das Königstädtische, bis Michaelis 1896 das Leibniz-Gymnasium und verliess letztere Anstalt mit dem Zeugnis der Reife. Demnächst widmete ich mich sechs Semester auf der Königlichen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin dem Studium der Rechtswissenschaft und hörte die Vorlesungen folgender Herren Professoren und Privatdozenten:

Aegidi †, Anschütz, Brunner, Burchard, Crome, v. Cuny †, Dambach †, Dernburg, Eck †, Geiger, Gierke, Heymann, Hübler, Jacobi †, Kahl, v. Kaufmann, Kohler, Lasson, Mendel, Oertmann, Reinhold †, Schmoller, Wagner.

Am 11. Juni 1900 bestand ich beim Königlichen Kammergericht zu Berlin die erste juristische Prüfung mit dem Prädikat „gut“. Seit dem 30. Juni 1900 bin ich im preussischen Justizdienst, zur Zeit beim Königlichen Landgericht I zu Berlin, als Referendar beschäftigt.

Am 12. Dezember 1901 legte ich mit dem Prädikat „magna cum laude“ vor der Juristenfakultät der Universität Rostock das Rigorosum ab.

Druck von H. Franke in Dessau.